Die Anwendbarkeit des neuen Rechts

auf vor dem 1. Januar 1900 eingegangene

offene Handelsgesellschaften, Kommanditgesellschaften und stille Gesellschaften.

INAUGURAL-DISSERTATION

VERFASST UND DER

HOHEN JURISTISCHEN FAKULTÄT

DER

UNIVERSITÄT ROSTOCK

ZUR

ERLANGUNG DER DOKTORWÜRDE

VORGELEGT VON

ADOLF GERDES

REFERENDAR

IN BERLIN.

AGAD. LAND BAT. BERL.

1904

B. HOPPE, BUCHDRUCKEREI, SCHÖNEBERG-BERLIN.

Meinem lieben Onkel

dem Fabrikanten

Wilhelm Oventrop

zu Altena in Westfalen

in Dankbarkeit zugeeignet.

Disposition.

A. Einleitung.
Sind die Vorschriften des Einführungsgesetzes zum B. G. B. auch auf das Handelsrecht anwendbar? § 1.
B. Ausführung:
I. Die Grundlagen des Themas.
1. Wann wirkt ein Gesetz zurück?
a) Das allgemeine Prinzip. § 2.
b) dessen Berücksichtigung im neuen Recht. § 3.
c) Die Stellung der Schriftsteller des neuen Rechts. § 4.
d) Die Ausnahmen vom Prinzip. § 5.
2. Wann ist ein Rechtsverhältnis entstanden? § 6.
II. Die Einwirkung des neuen Rechts auf vor dem
1. Januar 1900 entstandene Gesellschaften:
1. die offene Handelsgesellschaft:
a) Errichtung der Gesellschaft § 7.
b) Rechtsverhältnisse der Gesellschafter untereinander § 8.
c) Rechtsverhältnisse der Gesellschafter zu Dritten § 9.
d) A. Auflösung der Gesellschaft § 10.
B. Ausscheiden eines Gesellschafters § 11.
e) Liquidation der Gesellschaft § 12.
f) Verjährung § 13.
2. Die Kommanditgesellschaft § 14.
3. Die stille Gesellschaft § 15.
C. Schluss:
Kurze Zusammenfassung des Ergebnisses § 16.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0128

Litteraturangabe.

Affolter: Geschichte des intertemporalen Privatrechts. Leipzig 1902.
System des Deutschen Bürgerlichen Übergangsrechts. Leipzig 1903.

Behrend: Lehrbuch des Handelsrechts. 1886 ff.

Bergmann: Das Verbot der rückwirkenden Kraft neuer Gesetze im Privatrecht. 1818.

Bolze: Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.

Busch: Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen Deutschen Handels- und Wechselrechts. Herausgegeben von Busch.

Bornemann: Erörterungen im Gebiet des Preussischen Rechts. Erstes Heft. 1855, S. 1—64.

Carlin: Erörterung von Artikel 882 Abs. 3 des schweizerischen Obligationenrechts. Basel 1886.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Band I u. II Aufl. 2. 1899.
Lehrbuch des Handelsrechts. 5. Aufl. 1900.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1900 ff.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs. Band I und II. Halle 1902.
Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. 4. Aufl. 1884. Band I.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 18. Mai 1897.

Endemann: Bürgerliches Recht. Band I, 3. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.

Entscheidungen des Königl. Geheimen Obertribunals.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch 3. Aufl. 1899.

Gareis: Das deutsche Handelsrecht. 6. Aufl. 1899
Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897.

Gierke: Deutsches Privatrecht. Band I 1895.

Goldmann: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. 1901 fl.
Goldschmidt: Handbuch des Handelsrechts. II. Aufl. 1874.
Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht.
Göppert-Eck in Ihring's Jahrbüchern für Dogmatik. Band 22, S. 1 fl.
Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.
Habicht: Die Einwirkung des bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. 1901.
Heuberger: Die zeitlichen Grenzen der Wirksamkeit der Gesetze. Brugg. 1885.
von Hahn: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 4. Aufl. 1894
Horrwitz: Das Recht der Handlungsgehülfen.
Juristische Wochenschrift: Organ des Deutschen Anwaltvereins.
Deutsche Juristen-Zeitung, herausgegeben von **Laband und Staub.**
Kahn in Ihring's Jahrbüchern für Dogmatik. Band 39, S. 22 fl.
Keyssner: Die Erhaltung der Handelsgesellschaft gegen die Auflösungsgründe des allg. H. G. B. 1870.
Kuhlenbeck: Das Einführungsgesetz des bürgerlichen Gesetzbuchs. 1901.
Lehmann, K. in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht. Band 48, S. 1 fl.
Lehmann-Ring: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen: Das Handelsgesetzbuch.
Lassalle: Das System der erworbenen Rechte. Leipzig, 1880, 2. Aufl.
Litthauer: Allg. Deutsches Handelsgesetzbuch. 6. Aufl. 1886.
Makower: Das allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch. 10. Aufl. 1890.
Matthiass Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. 2. Aufl.
Motive zum Entwurf eines B. G. B.
Neumann: Handausgabe des bürgerlichen Gesetzbuchs. 3. Aufl.
Niedner: Das Einführungsgesetz. 2. Aufl. 1901.
Pfaff-Hofmann: Exkurse über oestr. allg. bürgerl. Recht. I. Band 2., 3. und 4. Heft. 1889.
Planck: Das Bürgerl. Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl.
Protokolle der zweiten Lesung des B. G. B.
von Savigny: System des heutigen römischen Rechts. Band 8. 1849
Das Recht: Herausgegeben von **Soergel,** Hannover.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts. Herausgegeben von **Mugdan-Falkmann.**

Scherer: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch. Das erste Jahr des B. G. B.

Staub: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 5. Aufl. u. 6. u. 7. Aufl.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Einf.-Ges. von Wagner.

Striethorst: Archiv für Rechtsfälle.

Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts. 2. Aufl. 1882.

Windscheid-Kipp: Pandekten. 8. Aufl.

Zitelmann: Das internationale Privatrecht. 1897 fl.

§. 1.

Wie vorauszusehen war, hat das Inkrafttreten des neuen bürgerlichen und des neuen Handels-Gesetzbuches[1]) eine grosse Umwälzung auf dem gesammten Gebiet des Civilrechts hervorgerufen. Es liegt auf der Hand, dass der Übergang vom alten zum neuen Recht nicht ein so plötzlicher sein konnte, dass das gesammte alte Recht in dem Augenblick, wo das neue in die Erscheinung trat, mit einem Schlage seine Geltung verlor. Ein solches Vorgehen würde nicht nur vom sozialpolitischen Standpunkt aus schwer durchführbar sein, sondern auch mit den in der Rechtswissenschaft allgemein anerkannten Regeln im schärfsten Widerspruch stehen. Deshalb hat der Gesetzgeber dem berechtigten Verlangen nach einer nur allmähligen Änderung des Rechtszustandes durch Erlass von Übergangsbestimmungen Rechnung zu tragen versucht.

Die im Einführungsgesetz zum H. G. B. erlassenen Übergangsvorschriften bringen kein allgemeines Prinzip zum Ausdruck, der Gesetzgeber beschränkt sich vielmehr darauf lediglich Einzelfragen zu regeln, von denen für unser Thema nur Art. 22 Beachtung verdient. Dieses

[1]) fernerhin als B. G. B. und H. G. B., die zugehörigen Einführungsgesetze als E. B. G. B. und E. H. G. B. citiert.

Vorgehen ist wohl hauptsächlich darauf zurückzuführen, dass das neue Handelsgesetzbuch im Wesentlichen nur eine Neuredaktion des alten Handelsrechts darstellt und im Allgemeinen von der Aufstellung neuer Prinzipien absieht. Deshalb ist der Übergang auf speziell handelsrechtlichem Gebiet kein so einschneidender, dass es hier einer neuen systematischen Bearbeitung des Übergangsrechts bedurft hätte. Zweifelsfragen betr. die zeitliche Wirksamkeit der Gesetze entstehen zumeist dadurch, dass das dem Handelsrecht zu Grunde liegende bürgerliche Recht eine gänzliche Umgestaltung erfahren hat. Im Einführungsgesetz zum B. G. B. finden wir darum das Übergangsrecht eingehender berücksichtigt. Man geht wohl nicht fehl, wenn man diese Bestimmungen auch für das Handelsrecht zur Anwendung bringt.[2]) Das B. G. B. und das H. G. B. stellen eine gemeinsame grosse Kodifikation dar, beide Gesetze sind als ein Ganzes anzusehen. „Der Zusatz in Art. 1 E. B. G. B. „gleichzeitig mit dem B. G. B.“ giebt nicht eine unverbindliche Zusicherung über künftige gesetzgeberische Arbeiten, der Erlass des Gesetzes bildet vielmehr die Bedingung für das Inkrafttreten des H. G. B.“[3]) Zu dem B. G. B. gehört aber sinngemäss auch das E. B. G. B. Hierfür spricht u. a. auch schon die Fassung des Art. 2 E. H. G. B. Abs. 1: „In Handelssachen kommen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs nur insoweit in Anwendung, als nicht im Handelsgesetzbuch oder in diesem Gesetz

[2]) Staub, Kommentar z. H. G. B. 6. u. 7. Aufl. (fernerhin als Staub citiert), S. 3 Anm. 8; Pappenheim bei Gruchot 42 S. 324, Düringer-Hachenburg Bd. I, S. 16.

[3]) Endemann: B. G. B. I. S. 55.

ein Anderes bestimmt ist", wo H. G. B. und E. H. G. B. gleichgestellt werden. Man wird deshalb ohne sonderlichen Zwang auch zu den Vorschriften des B. G. B. die des E. B. G. B. zählen dürfen. Denn es ist kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber die gerade für das Handelsrecht ausserordentlich wichtigen Vorschriften über das internationale Privatrecht, sowie die allgemeinen Übergangsvorschriften nicht auch für das H. G. B. Anwendung finden lassen wollte, und dies um so mehr, als er sich nicht die Mühe genommen hat, im E. H. G. B. irgend welchen allgemeinen Regeln Ausdruck zu geben.[4])

Aber selbst bei subsidiärer Anwendung des E. B. G. B. ist man nicht imstande alle Übergangsfragen ohne Weiteres zu entscheiden. Auch das E. B. G. B. behandelt die Materie nicht systematisch,[5]) ein Mangel, der von der Kritik genügend hervorgehoben ist.[6]) Das E. B. G. B. beschränkt sich zumeist auf Vorschriften für den Einzelfall. Nur in Artikel 170 ist hiervon eine Ausnahme gemacht. Diese bezieht sich jedoch nur auf Schuldverhältnisse, und füllt auch da die Lücke in der Gesetzgebung nicht aus, die früher beim Übergangsrecht vorhanden war. Eine eingehende Begründung der Lehre ist also nach wie

[4]) so auch Lehmann bei Goldschmidt 48 S. 9, Staub S. 3, Anm. 8, Cosack Handelsrecht S. 767, Pappenheim a. a. O. S. 324 Düringer-Hachenburg I, S. 16, R. G. 42 S. 99 J. W. 1900 S. 855, das Recht 1901 S. 443.

[5]) a. M. Affolter System S. 43 n. 4, der das E. B. G. B. für ein glänzendes Beispiel der vervollkommneten Gesetzgebungstechnik erklärt.

[6]) Aeusserungen z. Entwurf eines B. G. B., Bd. I, S. 33.

vor der Wissenschaft vorbehalten; ihr bleibt der weitere Ausbau überlassen.[7])

§. 2.

Zunächst bedarf es für die Zwecke unserer Arbeit eines Eingehens auf das Prinzip der Rückwirkung, wie es sich in Theorie und Praxis herausgebildet hat.

Art. 170 E. B. G. B. giebt demselben für Schuldverhältnisse, die für unser Thema hauptsächlich interessieren, Ausdruck. Er lautet: „Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze massgebend." Damit ist ein Grundsatz aufgestellt, wie er zur Zeit in Rechtsprechung und Wissenschaft als herrschend anzusehen ist, er hat aber eine Fassung erhalten, die jedes Eingehen auf Streitfragen sorgfältig zu vermeiden sucht,[1]) die vielmehr so allgemein gehalten ist, dass sie dieselben geradezu herausfordert, mit der also mit einem Wort für eine Neuordnung und genauere Abgrenzung der Lehre nicht viel gewonnen ist.

Sehen wir zu, wie sich die Lehre seither gestaltet hat! Zunächst sei uns hier ein kurzer Überblick über die rechtshistorische Entwickelung des Prinzips gestattet.

Der Rechtsgedanke, der seit grauer Urzeit die Menschheit bewegt, und der in den jeweiligen Gesetzen eines Volkes seine Prägung erhält, ist im Laufe der Jahrhunderte in mannigfacher Form abgewandelt worden.

---

[7]) Niedner: S. 287, Kuhlenbeck S. 215, Staudinger S. 195 III, Planck E. G. S. 247.

[1]) vgl. Motive, I, S. 23.

Trotsdem der Weg, der uns von den 10 Geboten des mosaischen Rechts und der 12 Tafelgesetzgebung der Römer zu den Kodifikationen der Neuzeit führt, weit ist, haben alle Gesetze eins gemeinsam. Ein jedes spiegelt die zur Zeit seines Erlasses herrschenden Volksstimmungen und Strömungen wieder, mag es an sich einen kulturellen Fortschritt oder auch Rückschritt bedeuten.

Im Wandel der Zeiten ändern sich naturgemäss auch die Anschauungen eines Volkes über Recht und Gesetz und bedingen eine Verbesserung und weiteren Ausbau der geltenden Rechtsordnung. Daraus erwächst die mit der Kultur und der Geschichte fortschreitende Tätigkeit des Gesetzgebers. Ihm fällt die Aufgabe zu, dem jeweiligen Rechtsbedürfnis Ausdruck zu verleihen, die von bisherigen Rechtszustande abweichenden Rechtsanschauungen seiner Zeit in die starren Formeln des Gesetzes zu kleiden und dem als unbrauchbar erkannten alten Recht ein Ziel zu setzen. Hierbei ergiebt sich für ihn aus der Natur der Sache eine Schranke. Auch der schadhafte Rechtszustand hat seine historische Berechtigung. Bei Erlass des alten Gesetzes ist ihm der Schutz der Staatsgewalt zugesagt worden. Es ist Pflicht des Gesetzgebers, einen Tatbestand als des Rechtsschutzes berechtigt anzuerkennen, wenn er zur Zeit, da er in die Erscheinung trat, den gesetzlichen Erfordernissen genügte, mag sich auch nach seinem Auftreten und im Verlaufe seiner weiteren Entwicklung herausstellen, dass das betr. Institut der ihm früher zugewandten Fürsorge unwürdig ist.

Durch das bestehende Gesetz werden die unter seiner Herrschaft entstehenden Verhältnisse zu Rechtsverhältnissen, deren Fortentwicklung der Gesetzgeber

nicht hindern soll. Seine bessernde Tätigkeit sei mehr auf die Zukunft gerichtet. Auf die Vergangenheit zurückzugreifen und bereits zur Entstehung gelangte rechtliche Tatbestände in ihrer Fortbildung zu stören oder sie ganz zu vernichten, muss ihm schon die Achtung vor sich selbst verbieten, da auch die unbrauchbaren Gesetze ihm seine Entstehung verdanken. Seine bessernde Hand kann erst da eingreifen, wo es sich darum handelt, schädliche Neubildungen zu verhüten.

Aus diesen Grundgedanken hat sich die Lehre der Nichtrückwirkung der Gesetze entwickelt. Lassalle, nach dessen Ansicht „die Nichtrückwirkung lediglich in dem Begriff des Subjekts und seiner Freiheit beruht",[2]) sucht aus dem indischen und jüdischen Recht nachzuweisen, dass den orientalischen Völkern der Grundsatz noch völlig unbekannt war und (im Anschluss an 4. Mose 27 V. 7 fl.), dass der jüdische Gesetzgeber, d. h. Gott sich „ohne auch nur eine Ahnung davon zu haben, einer flagranten Rückwirkung in Civilsachen schuldig gemacht habe".[3]) Er glaubt zuerst bei den Helenen, „dem Volke, in welchen der Begriff der Subjektivität des Geistes, d. h. der Freiheitsbegriff, dass der Geist subjektives Selbstbestimmen und Selbsthervorbringung sei, zum ersten Male in der Weltgeschichte und in festen Formen auftritt," den Gedanken der Nichtrückwirkung und zwar bereits als eine „begriffliche Notwendigkeit" nachweisen zu können.[4])

Lassalle ist erfolgreich Göppert[5]) entgegengetreten, der nachweist, dass die behauptete „Rückwirkung" bei

---

[2]) Lassalle: System, I, S. 53.
[3]) a. a. O. S. 57.
[4]) Lassalle: a. a. O. S. 57.
[5]) in Ihring's Jahrb. 22 S. 1 ff.

den orientalischen Völkern nichts mit dem Prinzip zu tun hat, sondern auf der theokratischen Staatsverfassung beruht.[6]) Auch der Nachweis für die Gültigkeit des Grundsatzes in der hellenischen Zeit erscheint nach Göppert zweifelhaft.

Mit Sicherheit lässt sich das Prinzip der Nichtrückwirkung zuerst in der Zeit des älteren römischen Rechts nachweisen.[7])

Dem germanischen Recht blieb die Regel ursprünglich unbekannt.[8]) Erst mit der Entfaltung gesetzgeberischer Tätigkeit und dem Eindringen römischer Rechtsanschauungen fand sie im Wege des Gewohnheitsrechts allmählich Eingang.

Am unzweideutigsten hat zuerst Theodosius II in der Konstitution L 7 C I 14 de legibus mit den Worten: Leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit" dem Grundsatz Ausdruck verliehen. Es ist hier deutlich erklärt, dass Gesetze wohl für zukünftige Rechtsgeschäfte maßgebend sind, dass ihnen aber jede Einwirkung auf in die Vergangenheit zurückgehende Rechtsverhältnisse untersagt ist. Allerdings wird dann in dem Nachsatz nisi nominatim etc. schon auf Ausnahmen von der Regel hingewiesen.

Diese Pandektenstelle ist der Ausgangspunkt fast aller Streitigkeiten auf dem Gebiet der Nichtrückwirkungslehre geworden, die sich zunächst darum drehen, ob die Konstitution als solche für das Gebiet des gemeinen

---

[6]) Göppert: a. a. O. S. 19.
[7]) Göppert: a. a. O. S. 20 Affolter Gesch. S. 19 ff.
[8]) Gierke: Deutsches Privatrecht, I, S. 186 fl.

Rechts recipiert sei[9]) oder ob sie nur einer allgemeinen Regel Ausdruck gebe, mithin einen Rechtssatz darstelle, der positives Recht sei und allgemeine Geltung habe.[10])

Dieser Streit ist durch Savigny, der als geeignetster Interpret der römischen Rechtsanschauung die Lehre einer Bearbeitung unterzogen und sie auf einer festen Grundlage aufzubauen versucht hat, beseitigt worden.

v. Savigny geht in seiner lichtvollen Darstellung von den beiden Formeln:[11]) „Neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft beizulegen" und „Neue Gesetze sollen erworbene Rechte unberührt lassen" aus, die seiner Ansicht nach der Ausdruck ein und desselben Grundsatzes sind und die zeitlichen Grenzen der Herrschaft für zweierlei Rechtsregeln bestimmen. Derselbe gilt nämlich: „A. für Rechtsregeln, welche den Erwerb der Rechte zum Gegenstand haben" und „B. zweitens für Rechtsregeln, welche das Dasein der Rechte zum Gegenstand haben", d. h. die das Sein oder Nichtsein des Rechtsinstituts oder das So oder Anderssein betreffen. Für die erste Klasse verlangt v. Savigny „Nichtrückwirkung" und Erhaltung erworbener Rechte, während er für die zweite diesen Grundsatz nicht zur Anwendung bringen will. Solche Gesetze wollen und sollen erworbene Rechte prinzipiell nicht unberührt lassen, ihnen ist stets rückwirkende Kraft beizulegen. „Die meisten und wichtigsten dieser Gesetze haben die oben, bei einer anderen Gelegenheit dargestellte, streng positive, zwingende Natur, indem sie ausser

---

[9]) so Bergmann S. 205.

[10]) v. Savigny: System des röm. Rechts Bd. 8, S. 396/98, Pfaff-Hofmann: Exkurse S. 123, Affolter: System S. 89, Gierke: a. a. O. S. 187.

[11]) v. Savigny a. a. O. S. 382/84.

dem reinen Rechtsgebiet ihre Wurzel haben und mit sittlichen, politischen, volkswirtschaftlichen Gründen und Zwecken im Zusammenhang stehen. Es liegt aber in der Natur solcher zwingenden Gesetze, dass sie ihre Macht und Wirksamkeit mehr als andere Gesetze ausdehnen müssen."[12])

Savigny's Lehre bildet die Grundlage der heutigen Rechtsanschauung, wenngleich sie im Einzeln modifiziert und eingeschränkt ist.[13]) Jhm folgend, hat eine grosse Reihe von Schriftstellern das Prinzip auf dem Boden seiner Ausführungen fester aufzubauen und die unbestimmten Grenzen enger zu ziehen versucht. Auf alle diese mehr oder minder gelungenen Versuche kann hier nicht näher eingegangen werden.

Für die neue deutsche Kodifikation, insbesondere die Gestaltung der Lehre im E. B. G. B. ist nur die Darstellung Gierke's, die kurz vor Fertigstellung des B. G. B. erschien, von entscheidender Bedeutung.

Gierke geht, wie Savigny, von zwei Formeln aus, die den Grundsatz der Nichtrückwirkung erklären sollen, deren eine einen verbietenden, die andere einen deutenden Rechtssatz darstellt. „Jener lautet: Neues Recht soll nicht zurückwirken. Dieser lautet: Neues Recht

[12]) v. Savigny a. a. O. S. 517.

[13]) Eine umfassende rechtshistorische Darstellung würde über den Rahmen unserer Arbeit gehen, es sei deshalb des Näheren auf die Ausführungen von Crone: Systeme Bd. I. S. 110 ff., Dernburg: Preuss. Privatrecht Bd. I. S. 62, Dernburg: B. G. B. Bd. I. S. 80 ff, Göppert-Eck in Ihring's Jahrb. Bd. 22. S. 1 ff., Unger: System des oestr. allg. Privatrechts Bd. 1 S. 113 ff., Pfaff-Hofmann: Exkurse Heft 2—4. S. 123 ff. und Affolter, namentlich auf die bei den letztgenannten Schriftstellern enthaltenen Litteraturangaben und die rechtshistorische Darstellung Affolters verwiesen.

wirkt nicht zurück".[14]) Ersterer wendet sich an den Gesetzgeber, letzterer an jedermann.

Des Weiteren wird dann ausgeführt, dem Gesetzgeber stehe die formelle Macht einem Gesetze rückwirkende Kraft beizulegen zu, sofern nicht in der Verfassung (wie z. B. in Sachsen-Altenburg oder den Vereinigten Staaten von Nordamerika) Einschränkungen gemacht sind. „Erlässt der Gesetzgeber ein Gesetz, so ist dasselbe, kraft der formellen Allmacht der souveränen Gewalt, für alle Gesetzesuntertanen verbindlich. Der Richter hat es, auch wenn er es als verfassungswidrig erkennt, gleich anderen verfassungswidrigen Gesetzen anzuwenden.[15])

Gierke will also nur, wenn der Gesetzgeber von dieser formellen Macht Gebrauch macht und eine, sei es ausdrückliche, sei es stillschweigende Äusserung des auf Rückwirkung gerichteten Gesetzesgedankens vorliegt, Rückwirkung annehmen. „Sodann ist, wenn die Absicht der Rückwirkung feststeht, für ein möglichst geringes Maass von Rückwirkung zu vermuten. Darum ist im Zweifel nur eine Rückwirkung schwächeren Grades anzunehmen, die zwar neue Wirkungen älterer Rechtsverhältnisse abschneidet, jedoch die aus deren bisheriger Wirksamkeit bereits entsprungenen konkreten Rechte und Pflichten unberührt lässt."[16])

Wie sich aus vorstehendem ergiebt, unterscheidet Gierke drei verschiedene Grade der Rückwirkung.

1. Diejenige, die selbst bereits durch Erfüllung, Vergleich und rechtskräftiges Urteil erledigte Rechtsver-

[14]) Gierke: Deutsches Privatrecht I, S. 187.
[15]) Gierke a. a. O. S. 188/9.
[16]) Gierke a. a. O. S. 190.

hältnisse ergreift. Eine solche ist weder im B. G. B. noch im H. G. B. zu finden.

2. Diejenige, die ihre Wirkung auch auf bereits entstandene aber noch nicht erledigte Rechtsverhältnisse ausübt, insbesondere die in der Berufungsinstanz schwebenden Sachen trifft.

3. Jene, die zwar bereits vorhandene konkrete Wirkungen alter Rechtsverhältnisse bestehen lässt, neu entstehende Wirkungen aber bereits dem neuen Recht unterordnet. Es ist dies die Rückwirkung schwächsten Grades, die wohlerworbene Rechte unberührt lässt, die Neuentstehung von Wirkungen, welche dem neuen Gesetz zuwiderlaufen, aber nicht gestattet.

Gierke ist Anhänger der Lehre von den erworbenen Rechten. Im Gegensatz zu Savigny ist er aber der Ansicht,[17]) dass sich die beiden Sätze, dass Gesetze nicht zurückwirken und dass sie erworbene Rechte unberührt lassen sollen, keineswegs identisch sind. Er hält aber den Schutz wohlerworbener Rechte für den hauptsächlichsten Inhalt des Prinzips und will das Maass der Rückwirkung durch den Begriff der jura quasita d. h. die der Machtsphäre des Gesetzgebers grundsätzlich entzogenen Rechte bestimmen. Immer ist aber zu beachten, dass die wohlerworbenen Rechte nur „hauptsächlich" nicht „allein" massgebend den Inhalt des Prinzips der Nichtrückwirkung auf dem Gebiet des Privatrechts darstellen. Dies gilt namentlich gegenüber der von Savigny[18]) vertretenen Identität der beiden Sätze, dem hierin die meisten gefolgt sind, wobei die Nachfolger teilweise noch

[17]) Gierke a. a. O. S. 191, Anm. 28.
[18]) v. Savigny a. a. O. S. 384.

weiter gehen. Dies ist namentlich bei der Pfaff-Hofmann'schen Lehre zu beachten, welche aus dem Prinzip der Nichtrückwirkung den Grundsatz: — Niemand soll in seinem berechtigten Vertrauen auf die bestehende Rechtsordnung getäuscht werden — herleiten. Dies ist, wie Grieke darlegt, falsch, weil der Grundsatz der Nichtrückwirkung auf dem Privatrechtsgebiet positives Recht darstellt und infolgedessen auch seinen hauptsächlichsten Inhalt, dem Schutz erworbener Rechte, positive Rechtskraft zukommt.[19]) „Es handelt sich hier um ein von rechtsphilosophischen Spekulationen unabhängiges Stück der geltenden Rechtsordnung."[20])

Als erworbene Rechte bezeichnet Gierke diejenigen, die ihrem Subjekt kraft eines besonderen Rechtsgrundes zustehen", wobei einerseits weder eine Einschränkung auf die „durch eigene Willenstat erworbenen Rechte"[21]) noch andererseits eine Ausdehnung auf alle irgendwie begründeten Rechte und auf alle in gleicher Weise statthaft erscheint. Diese Begriffsbestimmung erscheint jedoch Grieke nicht geeignet, jeden Zweifel, der sich bei Anwendung seiner Lehre ergiebt, zu beseitigen. Die richtige Lösung kann im einzelnen Falle sicher nur „aus der Natur der einzelnen Privatrechtsverhältnisse" gefunden werden.[22])

Dem gleichen Gedanken giebt Stobbe[23]) Ausdruck, indem er im Anschluss an die Definition der erworbenen Rechte ausführt, es sei „eine Unmöglichkeit, den Begriff der wohlerworbenen Rechte in unzweideutiger Weise zu begrenzen."

---

[19]) vgl. Affolter System S. 19 ff.
[20]) Gierke a. a. O.
[21]) Gierke a. a. O. S. 192.
[22]) Gierke a. a. O. S. 196.
[23]) Stobbe Band I. S. 161.

§ 3.

Aus den soeben erwähnten Äusserungen Gierke's und Stobbe's ergiebt sich, dass das im Allgemeinen anerkannte Prinzip durch die Wissenschaft noch nicht eng genug begrenzt ist, dass vielmehr jeder Einzelfall einer eingehenden Untersuchung und Beurteilung bedarf. Hieran ändert das neue Recht nichts.[1])

„Das B. G. B. enthält keinen die zeitlichen Herrschaftsgrenzen der Rechtssätze betreffenden allgemeinen Satz. Die Gründe, welche für das Schweigen in dieser Hinsicht massgebend gewesen sind, sprechen auch dagegen, eine auf den zeitlichen Herrschaftsbereich der Normen des B. G. B. sich beschränkende grundsätzliche Vorschrift aufzustellen. Bei der Mannigfaltigkeit und Verschiedenartigkeit dieser Normen lässt sich eine zutreffende und praktisch verwertbare Regel, welcher der Charakter einer prinzipiellen Vorschrift gewahrt bliebe, nicht geben.“[2]) Mit diesen Worten suchen die Motive das Fehlen einer allgemeinen Vorschrift über die Rückwirkung zu begründen. Dadurch entgehen sie der Gefahr, sich auf eins der streitigen Grundprinzipien festzulegen. Zu diesen Gründen treten noch redaktionelle Bedenken, da man im Falle der Aufstellung eines Grundsatzes genötigt worden wäre, „eine grosse Anzahl von Ausnahmen aufzustellen, und zwar von Ausnahmen, welche nicht auf positiven, sondern auf inneren juristischen Gründen beruhen und deshalb der Bestimmung den Charakter als Regel entziehen.“[3])

---

[1]) als solches bezeichnen wir die am 1. Jan. 1900 in Kraft getretenen Gesetze.

[2]) Motive Bd. I. S. 235.

[3]) Motive a. a. O. S. 255.

Wenn der Gesetzgeber sich trotz obiger Ausführungen dazu entschlossen hat, für Schuldverhältnisse den allgemeinen Grundsatz der Nichtrückwirkung aufzustellen, so hat er damit nicht, wie man vielleicht nach dem Wortlaut des Art. 170 E. B. G. B. annehmen könnte, für diese Gattung von Rechtsverhältnissen das Prinzip der Nichtrückwirkung in seiner krassesten Form proklamieren wollen.[4]) Das Gegenteil ergiebt sich aus den in den Motiven und Protokollen mitgeteilten Erwägungen. Die Motive führen aus:[5]) „Durch die Vorschrift des Art. 103[6]) soll nicht ausgeschlossen sein, dass, wenn einzelne Normen des B. G. B., wie im Wege der Auslegung festzustellen sein wird, einen reformatorischen oder prohibitiven Charakter dergestalt haben, dass sie auch die zur Zeit des Inkrafttretens bestehenden Schuldverhältnisse zu ergreifen beabsichtigen, dieser rückwirkenden Tendenz Folge zu geben und die betr. Normen auf die bestehenden Schuldverhältnisse zur Anwendung zu bringen sind.“ In gleichem Sinne äussern sich die Protokolle.[7]) Hieraus folgt, dass Art. 170 E. B. G. B. nicht die strengste Nichtrückwirkung verlangen, sondern „nur das leitende Prinzip“ klarstellen und der Praxis für Entscheidung der Einzelfragen „Anhaltspunkte“ geben will.[8])

Auf diese Auslegungsregeln gehen die Motive an anderer Stelle[9]) näher ein, wo sie ihren Standpunkt zur Rückwirkungsfrage allgemein klarstellen. Es wird ausgeführt, jedes Gesetz habe, wie die Macht, so auch die

[4]) vgl. R. G. 53 S. 380.
[5]) Motive a. a. O. S. 257.
[6]) Art. 103 des ersten Entw. entspricht dem Art. 170 E B.G.B.
[7]) Protokolle S. 9006.
[8]) Protokolle S. 9008.
[9]) Motive I S. 19 ff.

Aufgabe die zeitlichen Grenzen seiner Wirksamkeit frei zu bestimmen. Fehle es im Einzelfalle an solcher Vorschrift, so sei in dieser Richtung der Gesetzeswille zu erforschen, weil jeder Rechtssatz zugleich eine Norm über die zeitlichen Grenzen seiner Wirksamkeit in sich berge. Es wird dann eine Reihe einzelner Auslegungsregeln angegeben. „Bei dieser Auslegung," heisst es dort, „ist davon auszugehen, dass Gesetze regelmässig die Bestimmung haben, die rechtliche Gestaltung der Gegenwart und Zukunft zu ordnen und dass die diesem Zweck dienende abstrakte Norm eben deshalb diejenigen Tatbestände ergreifen und diejenigen Verhältnisse rechtlich ausprägen will, die sich während ihrer Geltung verwirklichen. An diese der regelmässigen Bestimmung der Gesetze entnommene Betrachtung reiht sich bestätigend und ergänzend die weitere Erwägung, dass der Staat als Hüter der Rechtsordnung mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wenn er den unter dem Schutz seiner Gesetze und unter deren Garantie gehörig erworbenen und begründeten Rechten und Rechtsverhältnissen später ihre Wirksamkeit in willkürlicher Weise wieder entziehen wollte. Die Annahme, dass der Staatswille auf ein Verfahren gerichtet sein sollte, welches das dem Gesetze entgegen gebrachte Vertrauen täuschen, die Rechtssicherheit gefährden, das Rechtsbewusstsein erschüttern und schliesslich die Staatsautorität untergraben müsste, verbietet sich von selbst. Diese Erwägungen legen die dem Grundsatze der Nichtrückwirkung innewohnende Wahrheit offen. Rückwirkung im eigentlichen Sinne ist ihnen gegenüber wenig wahrscheinlich und jedenfalls nur anzunehmen, wenn das Gesetz sie in bestimmter Weise gebietet. Auch die uneigentliche Rückwirkung entspricht nicht dem Gange der Dinge; es bedarf beson-

derer Gründe, um die Annahme zu rechtfertigen, dass der Gesetzeswille auf sie gerichtet sei. Nicht als Rückwirkung stellt sich dar, dass das neue Recht vor blossen Möglichkeiten und Erwartungen, welche nach dem früheren Recht bestanden, sich nicht zurückzieht. Der Satz liegt in den angedeuteten allgemeinen Erwägungen eingeschlossen; desgleichen der Satz, dass ein Tatbestand, der aus mehreren, zeitlich aufeinanderfolgenden Tatsachen sich zusammensetzt, dem Rechte der Zeit angehört, in welcher der Tatbestand sich vollendet, vorausgesetzt, dass die während der Geltung des früheren Gesetzes eingetretenen Tatsachen nur die Aussicht auf künftigen Rechtserwerb, nicht aber eine diese Aussicht schützende Willensgebundenheit erzeugt haben. Die Gründe, welche dazu führen, dass ein Rechtssatz seinen Herschaftsbereich über die gewöhnlichen Grenzen hinaus erstreckt, sind verschiedener Natur. Politische, sociale, wirtschaftliche, ethische Rücksichten können bestimmend sein. Von Bedeutung ist im Besonderen die innere Verschiedenheit des Rechtsstoffes. Das Gebiet der Schuldverhältnisse ist der Privatautonomie im weiteren Umfange freigegeben, als das Gebiet des Sachenrechts; die Forderungsrechte stehen zu ihrem Entstehungsgrunde in engerer Beziehung als die dinglichen Rechte."

Bei Erörterung der Übergangsfragen bei Schuldverhältnissen kommen die Motive nochmals auf die Auslegungsregeln zurück und geben für die Behandlung der Schuldverhältnisse in der Übergangszeit wichtige Anhaltspunkte. Die grosse Bedeutung dieser Ausführung der Motive, besonders für die Zwecke unserer Arbeit, erheischt ein näheres Eingehen auf diese Erörterungen. Die Motive erklären[10]) „Regel bleibt immerhin, dass die Parteien das

[10]) Motive I S. 256—57.

zur Zeit der Vornahme des Rechtsgeschäfts in Geltung stehende Recht vor Augen gehabt haben, und diese Regel hat, in Ermangelung jedes objektiven Anhaltspunktes für eine Bestimmung von Ausnahmen, zu entscheiden."

Nach einer Ausführung, dass der Umfang eines Schuldverhältnisses, wozu namentlich auch der Gegenstand, die Zeit und der Ort der Erfüllung gehört nach altem Recht, das Erfüllungsgeschäft selbst dagegen nach neuem Recht zu beurteilen ist, heisst es dann weiter:

„Gleich dem Erfüllungsgeschäft sind die das Erlöschen einer Forderung herbeiführenden selbstständigen Rechtsgeschäfte – Hingabe an Zahlungsstatt, Hinterlegung, Aufrechnung, Erlass u. s. w. — nach dem zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Recht zu beurteilen. Es berührt dies die allgemeine Frage, inwieweit Tatsachen, welche für ein nach bisherigem Recht sich bestimmendes Schuldverhältnis bedeutsam werden, mit Rücksicht darauf, dass sie erst unter der Herrschaft des neuen Rechts eintreten, in ihren Wirkungen nach dem neuen Recht zu bemessen sind. Einschlagende Fälle sind namentlich, dass der Schuldner unter der Herrschaft des neuen Rechts in Verzug gerät, dass die Erfüllung durch einen von dem Schuldner oder dem Gläubiger zu vertretenden Umstand zu dieser Zeit unmöglich wird u. s. w. Die Entscheidung hängt davon ab, ob die betr. Tatsache in einem solchen Zusammenhange mit dem Schuldverhältnisse steht, dass sie erst durch dasselbe ihre rechtliche Bedeutung erhält und ihre Einwirkung gleichsam als innere Entwickelung des Schuldverhältnisses sich darstellt, oder ob die Tatsache eine solche ist, welche an das Schuldverhältnis von aussen herantritt und mit der konkreten Beschaffenheit desselben nicht in einem bedingenden Zusammenhange steht. Im ersteren

Falle bewendet es bei der maassgebenden Bedeutung des früheren Rechtes, im letzteren Falle greift das neue Recht ein. Ob einer Tatsache die eine oder die andere Natur zukommt, lässt sich durch das Gesetz allgemein nicht feststellen. Einzelentscheidungen für gewisse Fälle zu geben, empfiehlt sich nicht, weil sie leicht Anlass zu unzutreffenden Schlussfolgerungen für andere Fälle bieten können."

Wenn die Motive dem Gesetzeswerk auch nicht gleich zu achten sind, weil sie nicht den Willen des Gesetzgebers, sondern nur die Ansichten der Redaktoren und Berichterstatter zum Ausdruck bringen, so ist ihr Wert doch, namentlich in Bezug auf die hier zur Erörterung stehenden Fragen nicht zu unterschätzen.[11]) Haben sie sich auch nicht zur Gesetzesvorschrift verdichtet,[12]) so sind die von ihnen vertretenen Ansichten doch den Beratungen der gesetzgebenden Körperschaften zu Grunde gelegt worden: sodass sich in den meisten Fällen immerhin auf den maßgeblichen Willen des Gesetzgebers schliessen lässt.[13]) Trotzdem ist aber bei der Verwertung der Materialien grosse Vorsicht geboten, da eine Reihe namentlich socialpolitischer Vorschriften, erst durch die Reichstagskommission oder das Plenum in die Gesetzeswerke aufgenommen sind, für diese können die Erwägungen der Motive nicht maßgebend sein.

Sodann ist für unsere Lehre zu beachten, dass die Motive selbst ausdrücklich von der Aufstellung allgemeiner Grundsätze absehen. Ihre Darlegungen sind deshalb nicht, wie dies eine Reihe Schriftsteller getan hat,[14]) als prin-

[11]) dies tut u. E. Affolter S. 300, 312.
[12]) vgl. Dernburg B. G. B. S. 83.
[13]) vgl. Bolze Bd. 7 S. 3 Nr. 7 u. 8.
[14]) s. unt. § 5.

zipielle Regelung der Rückwirkungsfragen aufzufassen, die allein der Beurteilung zu Grunde zu legen sind. Die Ausführungen der Motive wollen und sollen nur für die Auslegung im Einzelfall Hinweise geben, für die prinzipielle Frage ob Rückwirkung eintritt oder nicht, ist nach wie vor das wissenschaftliche System maßgebend.

Das Resultat der Erörterungen der Motive ist in Kürze folgendes:

I. im Allgemeinen gilt der Grundsatz der Nichtrückwirkung nach den von der Rechtsordnung anerkannten Regeln, wobei einzelne vom Gesetzgeber, sei es ausdrücklich oder stillschweigend[15]) gemachte Ausnahmen zu berücksichtigen sind, und Vorschriften politischer, sozialer, wirtschaftlicher oder ethischer Natur besondere Beachtung verdienen.

II. Für Schuldverhältnisse insbesondere gilt grundsätzlich Art. 170 E. B. G. B. Ein Schuldverhältnis, welches vor dem 1. Januar 1900 entstanden ist, bleibt hinsichtlich seiner Entstehung und seiner Wirkungen dem alten Recht unterstellt. Hierbei ist jedoch zu beachten, dass der Umfang der Wirkungen des Schuldverhältnisses genau abgegrenzt wird, insbesondere sind die Tatsachen nicht zu berücksichtigen, die nur von aussen an das Schuldverhältnis herantreten und mit der konkreten Beschaffenheit nicht im bedingenden Zusammenhang stehen. Ausnahmen vom Prinzip des Art. 170 betreffen zumeist Normen reformatorischen oder prohibitiven Charakters, wie weit ein solcher vorliegt, ist Sache einer sorgfältigen Auslegung.

§. 4.

Den Motiven folgend, sieht die Mehrzahl der neueren

[15]) Entsch. d. R. G. 40 S. 314, 42 S. 99.

Schriftsteller von einer prinzipiellen Regelung der Rückwirkungslehre ab. Die Gründe hierfür sind verschiedenster Natur; so hält Lehmann[1]) die Grundlagen für gelegt, während Staub[2]) der Auffassung ist, dass die Lehre noch der Lösung harre. Ihm schliesst sich Crome[3]) an. Habicht und Niedner[4]) halten die Darstellungen der Motive für genügend, um aus ihnen eine sichere Entscheidung der Einzelfragen herbeizuführen. Alle Schriftsteller sind mehr oder minder Anhänger der Lehre von den erworbenen Rechten, wenn auch teilweise, wie Crome,[5]) lediglich deshalb, weil es eine andere grundlegende Auffassung nicht giebt. Die Savigny-Gierke'sche Lehre wird allgemein als gültiges Grundprinzip anerkannt.[6]) Ein entgegengesetzter Standpunkt wird neuerdings von Affolter vertreten.

Letzterer sucht auf einer durch ausgedehnte geschichtliche Untersuchungen geschaffenen Grundlage aus zu einer Neugliederung der Lehre zu gelangen. Affolter ist Gegner der Rückwirkung, insbesondere der Lehre von den erworbenen Rechten, die er für ein „Hirngespinst", „ein Phantom ohne wirkliche Existenz" erklärt.[7]) Für seine Untersuchung glaubt er dadurch am leichtesten festen Boden zu gewinnen, dass er nicht wie die herrschende Lehre vom subjektiven Recht ausgeht, sondern vom objektiven Rechtsverhältnis, dessen Dasein, seiner Ansicht nach, allein schon genügt, um eine Rückwirkung auszuschliessen. Zunächst hält Affolter es für notwendig, die drei Haupt-

[1]) Lehmann in Goldschmidt's Ztschr. f. Hdlsr. 48 S. 3.

[2]) Staub bei Gruchot 42 S. 622 ff.

[3]) Crome System S. 115, Note 6.

[4]) Habicht a. a. O. S. 7, Niedner: S. 300.

[5]) Crome a. a. O.

[6]) vgl. Niedner: a. a. O. S. 287, Dernburg: B. G. B. S. 86, Matthiass: S. 35, Crome: S. 115, Kuhlenbeck: S. 215, Standinger S. 195.

[7]) Affolter System I, S. 291.

begriffe des intertemporalen Privatrechts, wie des Privatrechts überhaupt, Tatbestand, Rechtsverhältnis und Rechtsordnung, zu begrenzen und festzulegen, um alsdann den Nachweis zu führen, dass nur die objektive Auffassung des Rechtsverhältnisses eine allen Ansprüchen genügende Lösung herbeizuführen imstande ist.

Als Hauptregel des intertemporalen Privatrechts führt Affolter[8]) zunächst die beiden Sätze: „Id quidem quod jure gestum est revocari non potest" und „quod initiv vitiosum est non potest tractu temporis convalescere" ein, die hauptsächlich ergeben, „dass die formell aufgehobene alte Rechtsordnung für ihre Geschöpfe noch fortwirkt."[9]) Er nennt diese Sätze das ältere Regelpaar.[10]) Im Gegensatz dazu kennt er ein neueres Regelpaar, das durch die Sätze: „Quae semel utiliter constituta sunt, resolvuntur cum in eum casum inciderunt, a quo non potuissent incipere" und „ea quae inutiliter constituta sunt convalescunt, si in eum casum inciderunt, a quo initium capere potuerunt" seinen Ausdruck erhält und durch welches, als Grundlage des intertemporalen Ausnahmerechts, der Wissenschaft „feste Kriterien gegeben sind, an deren Hand sich erkennen lässt, ob ein Gesetz Ausschliesslichkeit besitze oder nicht,"[11]) was bisher von der Wissenschaft gänzlich übersehen worden ist.[12])

Hierauf geht Affolter zum Tatbestand über, den er bestimmt „als den Inbegriff aller derjenigen sinnlichen Vorgänge der menschlichen Aussen- und Innenwelt, die

---

[8]) Affolter a. a. O. S. 26.

[9]) ders. S. 28.

[10]) eine der vielen von A. neu eingeführten Bezeichnungen, die in ihrer übergrossen Zahl störend wirken.

[11]) Affolter a. a. O. S. 36.

[12]) ebenda S. 73.

unter Anerkennung der Rechtsordnung Rechtsverhältnisse vermitteln."[13]) Den Tatbestand will er, ums einen Prinzip getreu ein möglichst geringes Maß von Rückwirkung zu gewähren, nicht wie dies im heutigen intertemporalen Recht, namentlich hinsichtlich der Schuldverhältnisse, geschieht, „atomistisch" sondern „organisch", d. h. im Zusammenhang mit anderen zugehörigen Rechtsgebilden aufgefasst sehen,[14]) da in diesem Falle allein eine unentbehrliche Lücke in der intertemporalrechtlichen Behandlung der um ein Rechtsgeschäft kreisenden unselbstständigen Willens-, Voraussetzungs-, Haupt- und Verbindungstatbestände ausgefüllt wird.

Auf Grund dieser „organischen" Auffassung des Tatbestandes kommt Affolter zu dem Schluss, dass eine Reihe von Willenserklärungen, die man bislang als selbstständige Rechtsgeschäfte angesprochen hat, wie Kündigung, Widerruf, Rücktritts-, Anfechtungserklärung auf dem „übervollkommenen" Tatbestand beruhen und als unselbständige, private Willenstatbestände, die sich auf ein bestimmtes Rechtsgeschäft beziehen, der alten Rechtsordnung selbst dann unterstehen, wenn sie erst unter neuem Recht eintreten."[15]) Um diese Auffassung zu rechtfertigen, setzt Affolter an Stelle des bisherigen Begriffs des Rechtsgegeschäfts den weiteren Begriff des Willenstatbestandes, ohne den seiner Ansicht nach die „Jurisprudenz" — im Gegensatz zur Praxis — nicht auskommen kann. Einen Teil dieses Willenstatbestandes bildet dann das Rechtsgeschäft im engeren Sinne und nur dieses kann nach neuem Recht beurteilt werden. Bedenken wegen der Dehnbarkeit

[13]) Affolter a. a. O. S. 79.
[14]) a. a. O. S. 90 ff.
[15]) a. a. O. S. 98.

des Begriffes werden durch die einschränkende Erklärung beschwichtigt: „für die Theorie ist es dann ein leichtes, den Oberbegriff so zu beschneiden, dass sich daraus das Rechtsgeschäft im Sinne des bürgerlichen Rechtslebens bildet.“[16])

Dem vermögen wir uns nicht anzuschliessen. Die Konstruktion Affolters, die eine durch nichts gerechtfertigte Operation nötig macht, um von dem wissenschaftlichen Begriff zum Rechtsgeschäft „im Sinne des bürgerlichen Rechtslebens“ zu gelangen, ist u. E. kein geeigneter Ersatz des bisherigen Begriffs des Rechtsgeschäfts. Richtiger erscheint der subjektive Standpunkt, wonach Rechtsgeschäfte sich als „Willenserklärungen“ darstellen, die eine bestimmte Rechtswirkung herbeiführen sollen. Diese Auffassung verdient u. E. den Vorzug vor dem objektiven Standpunkt Affolter's, welchem der Tatbestand noch im Kleide eines Rechtsgeschäfts erscheint, wenn der Erklärende auch eine falsche Erklärung abgegeben hat, sofern er nur überhaupt etwas erklärt hat.[17]) Die Elemente eines Rechtsgeschäfts sind Wille und Erklärung. Beide müssen, um rechtsgeschäftliche Wirkungen herbeiführen zu können, übereinstimmen, d. h. der Wille muss in richtiger Weise zum Ausdruck gelangen. Ist dies nicht der Fall, so fehlt dem Tatbestande ein Hauptmoment, um ihn als Rechtsgeschäft in die Erscheinung treten zu lassen. Es liegt dann keine Erklärung des auf eine bestimmte Rechtswirkung gerichteten Willens vor, der Tatbestand erlangt keine rechtsgeschäftliche Bedeutung, mag auch der Gesetzgeber dem so entstandenen Anfechtungstatbestand aus Gründen der allgemeinen Rechts-

---

[16]) Affolter a. a. O.

[17]) Affolter a. a. O. S. 100, dagegen Crome S. 321, Matthias I S. 150 III und besonders Dernburg B. G. B. I S. 327.

sicherheit provisorisch Rechtswirkungen beilegen.[18]) Ein rechtsgeschäftlicher Tatbestand entsteht erst mit dem Verzicht des Erklärenden auf sein Anfechtungsrecht. Erst dann liegt eine Übereinstimmung von Wille und Erklärung vor.

Auch den zweiten Grundbegriff des Systems das Rechtsverhältnis fasst Affolter objektiv auf. Er erklärt dasselbe als eine „rechtliche Abstraktion, dessen Träger entweder etwas Herrschenkönnendes oder etwas Beherrschbares ist.“[19]) Daraus ergiebt sich die Einteilung in reale und personale Rechtsverhältnisse. Erst aus dem objektiven Rechtsverhältnis lässt sich das subjektive Recht herleiten.[20]) Das objektive Rechtsverhältnis ist die Grundlage, von ihr ist daher auch im intertemporalen Recht auszugehen und deshalb die subjektive Lehre von den wohlerworbenen Rechten zu verwerfen.[21])

Ebenso wie der Tatbestand ist nach Affolter auch das Rechtsverhältnis „organisch“ aufzufassen, d. h. diejenigen Rechtsverhältnisse, die in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu einem Hauptrechtsverhältnis stehen, sind nach dem Recht zu beurteilen, dem dieses unterliegt.[22])

Die realen Rechtsverhältnisse teilt er in positive und negative ein. Letztere entstehen durch Aufhebung eines positiven Rechtsverhältnisses aus Nichtigkeits-, Anfechtungs- oder Aufhebungstatbeständen.[23])

Auch diesen Ausführungen vermögen wir nicht zu folgen. Ein nichtiges Rechtsgeschäft ist nicht imstande

[18]) vgl. § 142 B. G. B.
[19]) Affolter a. a. O. S. 149.
[20]) a. a. O. S. 151.
[21]) a. a. O. S. 155.
[22]) Affolter a. a. O. S. 158.
[23]) a. a. O. S. 80, 162.

ein rechtliches Band zwischen den Parteien herzustellen und Rechtswirkungen zu erzeugen. Durch die Vornahme desselben entstehen keinerlei Rechtsbeziehungen zwischen den das Geschäft tätigenden Personen. Solche werden auch nicht durch diejenigen Momente geschaffen, infolge deren das Geschäft nichtig ist. Die abgegebenen Willenserklärungen ermangeln der rechtlichen Wirksamkeit. Ob und wie weit dieselben rechtlich irrelevant sind, entscheidet sich naturgemäss nach dem Recht zur Zeit ihrer Abgabe. Denn selbst wenn das neue Recht den Nichtigkeitsgrund beseitigt, bleibt ein nichtiges Rechtsgeschäft nichtig, es kann nicht nachträglich noch rechtliche Wirkungen entfalten.[24]) Die Konstruktion eines negativen Rechtsverhältnisses erscheint deshalb hier überflüssig, da die positiven Tatsachen zur sicheren intertemporalen Beurteilung hinreichen.

Dasselbe gilt für den Fall, dass ein Rechtsgeschäft durch Erfüllung erledigt wird. Alsdann werden die Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien wieder gelöst. Der Zweck des Geschäfts ist erreicht, der Tatbestand erledigt. Affolter[25]) sieht mit der Erfüllung aus dem alten positiven Grundtatbestande ein neues negatives Rechtsverhältnis erstehen.

Das Gleiche gilt endlich von der Anfechtbarkeit. Nach Affolter sind beim anfechtbaren Rechtsgeschäft zwei Tatbestände zu unterscheiden. „Der Abschluss des an und für sich gültigen Rechtsgeschäfts und der Entstehungstatbestand des negativen Rechtsverhältnisses.“[26]) Dem ist

---

[24]) vgl. Urteil des Reichsger. in Jur. Wochenschrift 1903 Beil. S. 42.

[25]) Affolter System S. 50. Anm. 1.

[26]) a. a. O. S. 163 Anm. 1.

Folgendes entgegenzuhalten. Durch Abgabe einer anfechtbaren Willenserklärung entsteht nur „ein" Tatbestand und zwar ein unvollkommener, nicht wie Affolter meint ein „übervollkommener" Tatbestand. Unvollkommen ist derselbe deshalb, weil er einen Fehler aufweist, der das ganze Geschäft in Frage zu stellen geeignet ist. Die Wirkungen des so entstandenen Rechtsverhältnisses können dagegen zwiefacher Natur sein, entweder wird der beabsichtigte Rechtserfolg herbeigeführt, d. h. es erfolgt keine Anfechtung, oder die Rechtsbeziehungen werden wieder gelöst, d. h. die Anfechtung wird erklärt und das Rechtsgeschäft infolgedessen als nichtig behandelt. Auch im letzteren Falle ist das Rechtsverhältnis durchaus positiver Natur. Die Beziehungen der Parteien werden durch den Anfechtungstatbestand geschaffen, durch denselben entsteht ein Rechtsverhältnis, das der Grundregel des intertemporalen Rechts gemäß dem Recht untersteht, unter dem es in die Erscheinung getreten ist.

Alsdann geht Affolter zu den intertemporalrechtlich wichtigen Einteilungen der Tatbestände, Rechtsverhältnisse und Rechtsordnungen über, denen er sämmtlich „Ausschliesslichkeit" d. h. rückwirkende Kraft nur beilegt, wenn zwingende Gründe vorliegen.[27]) Die Tatbestände gliedert er, je nachdem sie in grösseren Maße ein Verbleiben unter der alten Rechtsordnung erfordern oder einen Wechsel derselben leichter ertragen, in ausschliessende und nichtausschliessende,[28]) die ihrerseits wieder in abgeschlossene, ergänzungsunfähige oder unveränderbare bezw. unabgeschlossene, ergänzungsfähige oder veränderbare zerfallen. Zu den ersteren rechnet er die gestaltenden, willentlichen,

[27]) a. a. O. S. 415, 420, 422.
[28]) a. a. O. S. 415—18.

personalen Zustandstatbestände und die Verbindungstatbestände, während zu den letzteren die notwendigen, vermittelnden Doppeltatbestände, sowie die realen Zustandstatbestände gehören.[29])

Ähnlich wie die Tatbestände, sind die Rechtsverhältnisse, die widerruflichen gattungsmässigen, dauernden Charakter haben, der Rückwirkung eher zugänglich, als solche mit unwiderruflichem, individuellen oder vorübergehendem Charakter.[30]) Analog den Tatbeständen zerfallen die Rechtsverhältnisse in ausschliessende, d. h. nicht abgeschlossene, vollkommene und ergänzungsfähige, und nicht ausschliessende, denen die oben genannten Eigenschaften nicht innewohnen. Letztere sind dem neuen Recht zugänglicher, als die anderen.

Die alte Rechtsordnung endlich kann die Beilegung der Ausschliesslichkeit begründen, wenn sie Mängel äusserer oder innerer Natur erkennen lässt, die so stark sind, dass sie eine baldige Änderung des bisherigen Rechtszustandes erheischen. Ebenso können es die Zwecke des Staates dem Gesetzgeber notwendig erscheinen lassen, rückwirkende Normen zu erlassen, sei es um das Gemeinwohl zu fördern, eine schnelle Änderung eines schadhaften Rechtszustandes herbeizuführen, oder nur um seine Macht durchzusetzen.[31])

Wenn auch die Bedeutung der eingehenden systematischen Darstellung Affolters, insbesondere auch die geschichtliche Entwicklung des Prinzips nicht zu unterschätzen ist, so vermögen wir uns seiner Auffassung doch nicht anzuschliessen. Wie oben dargetan, wird Affolter

[29]) auf die einzelnen Einteilungen wird soweit dies erforderlich des Näheren im weiteren Verlauf der Darstellung eingegangen werden.

[30]) a. a. O. S. 423.

[31]) Affolter a. a. O, S. 423 ff.

die prinzipielle Lösung der Frage nur dadurch ermöglicht, dass er den Begriff des Rechtsgeschäfts grundlos erweitert, mit negativen Rechtsverhältnissen operiert und eine grosse Menge neuer Begriffe in die Jurisprudenz einführt. Verzichtet man auf diese Hilfsmittel, so wird auch in seine Konstruktion eine Bresche gelegt, die den ganzen Aufbau ins Wanken geraten lässt. Die Resultate, zu denen Affolter auf Grund seiner Lehre gelangt, sind vielfach unbefriedigend und stehen mit den bisher gewonnen Resultaten und der allgemeinen herrschenden Auffassung im krassesten Widerspruch. Die „organische" Auffassung führt vielfach zu einer geradezu gewaltsamen Verkettung von Tatbeständen, die jedem Rechtsgefühl zuwider dem alten Recht noch untergeordnet werden sollen, obgleich sie ganz unter neues Recht fallen. Dies ist u. E. beispielsweise der Fall, wenn ein Vertrag, der eine unter altem Recht getroffene Vereinbarung abändert, formell nach altem Recht beurteilt werden soll, wenngleich seine sämmtlichen Tatbestandsmerkmale erst unter der Herrschaft der neuen Rechtsordnung in die Erscheinung treten.[32]) Endlich wird die praktische Verwendbarkeit der Affolter'schen Lehre dadurch wesentlich erschwert, dass sie einer leitenden Vorschrift ermangelt und auf mehr oder minder schwerfälligen und ungeläufigen Einzelunterscheidungen beruht.

Wir sehen uns demgegenüber nicht veranlasst, von der herrschenden Gierke'schen Auffassung, die wir unserer Arbeit zu Grunde legen, abzugehen. Es ist danach nach wie vor an der Lehre von den erworbenen Rechten festzuhalten,[33]) wenngleich jeder Einzelfall eine sorgfältige

[32]) Affolter S. 323, dagegen Rechtsprechung Band 5 S. 31, Habicht a. a. O. S. 311.

[33]) vgl. R. G. in der Jurist. Zeit 1900 S. 65. Entsch. d. R. G. 5 S. 224 ff.

Prüfung erfordert, ob ein Recht wohlerworben ist oder nicht.[34]) Bei Streitfragen ergeben sich z. T. Anhaltspunkte in den Motiven, die zur Auslegung heranzuziehen, wenn auch mit Vorsicht zu benutzen sind.[35]) Ergiebt sich dann das Vorliegen eines erworbenen Rechts, so ist festzustellen, ob und in wieweit der Gesetzgeber trotzdem der betr. Rechtsnorm rückwirkende Kraft hat beilegen wollen. Dies festzustellen sei unsere nächste Aufgabe.

§ 5.

Dem Gesetzgeber steht formell das Recht zu, beliebig Ausnahmen von dem Prinzip der Nichtrückwirkung zu machen, mag es durch Aufstellung leitender Regeln oder in der Form von Einzelvorschriften geschehen. Während früher in grösserem Umfange einschneidende prinzipielle Grundsätze, die vom Prinzip abweichen, aufgestellt wurden,[1]) begnügt sich der moderne Gesetzgeber damit, einige spezielle Rechtsverhältnisse abweichend zu ordnen, im übrigen lässt er es bei grösstmöglicher Schonung erworbener Rechte bewenden. Im neuen Recht sind in den Art. 171 ff. E. B. G. B. derartige Ausnahmen angeordnet. Mit dieser Ordnung der Materie haben wir uns als einer vollendeten Tatsache abzufinden, mag auch die eine oder andere Bestimmung gegen die bisher in der Wissenschaft herrschenden Grundsätze verstossen. Formell sind die Vorschriften rechtsgültig, eine Nachprüfung steht dem Richter nicht zu, er hat sie in concreto anzuwenden.[2]

[34]) R. G. Bd. 53 S 380.

[35]) Bolze Bd. 7 S. 3 Nr. 7 u. 8.

[1]) vgl. Einl. z. allg. Landrecht § 17, Sächs. bürgerl. Gesetzbuch § 2, Bayr. Einf. Ges. z. allg. deutschen Hdlsgesb. Art. 38, 40.

[2]) Gierke a. a. O. S. 188, Dernburg Pr. Privatrecht Bd. I S. 64, Habicht a. a. O. S. 8.

Von der Regel des Art. 170 hat das E. B. G. B. in Art. 171 insofern für Dienst-, Miet- und Pachtverträge eine Ausnahme angeordnet, als es dieselben vom ersten zulässigen Kündigungstermin nach dem 1. Januar 1900 ab dem neuen Recht unterstellt. Diese Ausnahme wurde erst in der zweiten Lesung dem Gesetz eingefügt.[3]) Düringer-Hachenburg[4]) glauben diese Regel „verallgemeinern" und auf alle Verträge anwenden zu dürfen. Dies erscheint uns ein gefährliches Unterfangen. Mag ein rechtspolitischer Grund zu der Beschränkung der Ausnahmen auf die angegebenen Fälle nicht vorhanden und eine Ausdehnung, wenn auch nicht auf alle, so doch auf einzelne andere Schuldverhältnisse angebracht erscheinen, immer müssen wir vor Augen halten, dass Art. 171 nur eine Ausnahme des Prinzips ist, die man nicht willkürlich „verallgemeinern" darf. Ein derartiges Verfahren würde auf dem an sich schon so heiklen Gebiet des Rückwirkungsrechts zu den gefährlichsten Konsequenzen führen. Für uns besteht, da der Gesetzgeber von seinem Recht Ausnahmevorschriften zu erlassen nur in Beschränkung auf die Fälle des Art. 171 Gebrauch gemacht hat, keine Möglichkeit die Schranke, die der Gesetzgeber sich selbst gesteckt hat, weiter zu zu ziehen, wir müssen uns eng an den Buchstaben des Gesetzes halten. Die rückwirkende Kraft einer Rechtsnorm im Wege der Analogie auf andere Rechtsverhältnisse auszudehnen ist unstatthaft.[5])

Weit schwieriger, als die Auslegung der im Gesetz ausdrücklich vorgesehenen Ausnahmen vom Nichtrückwirkungsprinzip, gestaltet sich die strenge Abgrenzung der

[3]) Protokolle S. 9008/9.
[4]) Düringer-Hachenburg S. 16.
[5]) Affolter a. a. O. S. 300 Abs. 2, 308.

Fälle, in denen der Gesetzgeber die Rückwirkungsabsicht nur stillschweigend erklärt. Die Statthaftigkeit auch bei nicht ausdrücklich kund getaner Rückwirkungsabsicht auf den hierauf hinzielenden Willen des Gesetzgebers aus den Tatumständen, die zum Erlass des Gesetzes geführt haben, schliessen zu dürfen, ist in Theorie und Praxis allgemein anerkannt.[6]) Hauptsächlich handelt es sich hierbei um die Frage, wann einer absoluten Rechtsnorm rückwirkende Kraft beizulegen ist. Die dispositiven Normen scheiden aus, weil bei ihnen in erster Linie der Parteiwille und erst in zweiter Reihe der Wille des Gesetzgebers zu beachten ist; ihnen rückwirkende Kraft zu verleihen hat der Gesetzgeber weder die Macht, noch das Interesse.[7]) Die weitere Frage, welche absoluten Rechtsnormen zurückwirken, ist bisher fast von jedem Schriftsteller verschieden beantwortet worden, eine Vielseitigkeit die beweist, dass sich gerade auf diesem Gebiet der Mangel einer positiven Vorschrift unangenehm fühlbar macht.

Kuhlenbeck[8]) will schlechthin allen zwingenden Rechtssätzen rückwirkende Kraft beimessen. Dies erscheint uns zu weitgehend. Allein aus der Tatsache, dass der Gesetzgeber in Zukunft keine andere Regelung einer Rechtsfrage durch die Parteien mehr zulässt, darf man nicht folgern, dass er nunmehr auch alle bereits vor dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes entstandenen Rechtsverhältnisse, die das neue Recht antrifft, ergreifen und die neuere Norm ohne Schonung wohlerworbener

---

[6]) Gierke S. 190, Dernburg B. G. B. S. 81, Crome S. 114, Windscheidt § 22 Anm 5. R. G. 40 S. 314, 43 S. 25 a. a. O L. G. Hamburg Deutsche Juristen-Ztg. 1900 S. 116, Nöldeke ebenda S. 151.

[7]) R. G. 42 S. 99, 100.

[8]) Kuhlenbeck S. 216.

Rechte überall radikal zur Durchführung bringen wolle.[9])

Auch die Auffassung Neumann's,[10]) der bei der Abgrenzung, in Anlehnung an die Motive, lediglich zwischen solchen Vorschriften, welche prohibitiv-reformatorischen Charakter haben und solchen, die dieses Charakters entbehren, unterscheiden will, führt u. E. nicht zum Ziel. Reformatorischen Charakter hat am Ende jede Neuerung eines Gesetzes. „Ein neues Gesetz wird stets gegeben in der Überzeugung, dass es besser sei als das frühere."[11]) Die Anerkennung dieses Grundsatzes ist, wie bereits Savigny hervorhebt, schon deshalb verwerflich," weil eine konsequente Durchführung desselben ganz unmöglich ist, so dass er nur zufällig und unkonsequenter Weise (also schon deshalb ungerecht) auf einzelne Arten von Rechtsgeschäften einwirken würde, während alle anderen, davon frei bleiben müssten."[12])

Einen ähnlichen Standpunkt wie Neumann vertreten Düringer-Hachenburg.[13]) Sie wollen das neue Recht immer schon dann angewendet wissen, wenn seine Regeln sich als Schutzvorschriften darstellen, mag ihnen öffentlich rechtlicher Charakter innewohnen oder nicht. Ihre Ansicht geht u. E. über den Willen des Gesetzgebers hinaus. Gewiss sind unleugenbar bei vielen Vorschriften des neuen Rechts der sociale Gesichtspunkt mitbestimmend gewesen; man würde aber doch wohl zu weitherzig verfahren, wenn man jeder

[9]) Lehmann b. Goldschm. 48. S. 29 ff., Affolter S. 179, R. G. 43 S. 25.

[10]) Neumann: Handausgabe d. B. G. B. Bd. III, S. 1455, ähnlich Planck S. 247 J. und Habicht a. a. S. 245 ff., der z. T. sogar die zwingende Natur der Vorschriften allein entscheiden lässt vgl. S. 301, 313 u. a.

[11]) v. Savigny a. a. O. S. 389.

[12]) v. Savigny a. a. O. S. 390.

[13]) H. G. B. S. 17.

derartigen Rechtsnorm einen so weitgehenden Zweck supponieren und sie sofort in Wirksamkeit setzen wollte.[14]) Auch hierin muss man mit Billigkeit verfahren und berücksichtigen, dass der durch die betr. Vorschrift schlechter gestellten Partei, andrerseits vielfach, und zwar gerade mit Rücksicht auf die ihr ungünstigen Bestimmungen, Vorteile gewährt sind, und dass die plötzliche Anwendung des neuen Rechts, der Gegenpartei einen Schaden zufügt, der zu dem durch das neue Recht erzielten Vorteil in keinem Verhältnis steht.[15])

Ebensowenig, wie den bisher genannten Schriftstellern vermögen wir Cosack,[16]) der sich zu der Frage gänzlich ablehnend verhält, zu folgen. Gewiss wird man Cosack darin Recht geben, dass es einen allgemeinen Satz: „Jede im öffentlichen Interesse erlassene Rechtsregel ergreift auch bereits bestehende Vertragsverhältnisse“ nicht giebt.[17]) Andrerseits sei hierbei doch darauf hingewiesen, dass durch eine strenge Durchführung der Nichtrückwirkung in vielen Fällen der Zweck des Gesetzes vereitelt werden würde.[18]) Sicherlich hat der Gesetzgeber ein grosses Interesse daran, den bisherigen Rechtszustand zu schützen und bei der Durchführung neuer Gesetze möglichst schonend vorzugehen, man darf dabei aber nicht übersehen, dass in einzelnen Fällen ein dringendes öffentliches Interesse die Überschreitung der Schranken, die durch die Rechtsordnung gesetzt sind, erfordert. Wo so der Wille des Gesetzgebers

[14]) vgl. Urt. des Reichsger. in J. W. 1891 S. 394. Deutsche Juristen Ztg. 1900 S. 65, J. W. 1903 Beil. S. 31.

[15]) vgl. Pappenheim a. a. O. S. 332 u. 50.

[16]) ihm folgt O. L. G. Hamburg im Urt. Deutsche Juristen-Ztg. 1900 S. 116, Nöldecke ebenda S. 151.

[17]) Cosack Lehrbuch des Handlsrechts S. 768.

[18]) das sächs. B. G. B. § 2 erklärt in solchen Fällen ausdrücklich die Rückwirkung.

erkennbar hervortritt, die mit dem Sittlichkeitsgefühl und dem Rechtsbewusstsein des Volkes im Widerspruch stehen-Regeln zu beseitigen, wird man u. E. den neuen Rechtsnormen, und zwar trotz der prinzipiellen Vorschrift des Art. 170 E. B. G. B. auch solchen, die Schuldverhältnisse betreffen, die Rückwirkung nicht versagen können. Die vitalsten Staatsinteressen gehen hier dem Schutz erworbener Rechte vor.[19])

Diesen allgemeinen Erwägungen folgend, hat die Mehrzahl der Schriftsteller eine mehr vermittelnde Stellung zwischen den Auffassungen Cosacks und der ersten Gruppe eingenommen.

Staub, der früher Rückwirkung bei allen zwingenden und öffentlich-rechtlichen Vorschriften annahm,[20]) beschränkt sich neuerdings[21]) darauf, dieselbe nur für „exklusive" Rechtssätze zu fordern. Den Begriff der Exklusivität sucht Staub durch eine Analogie zu Art. 30 E. B. G. B. näher zu bestimmen. Er will nämlich die Regeln der räumlichen Kollusionsnormen auf das zeitliche Gebiet übertragen wissen. Seine Formulierung der Lehre lautet: „Das neue Gesetz ist insoweit exklusiv, d. h. ausschliesslich anwendbar, als die Anwendung des alten Gesetzes gegen die guten Sitten oder den Zweck des neuen Gesetzes verstossen würde (Art. 30 E. G. zum B. G. B.) und dies wäre immer dann der Fall, wenn das neue Gesetz Zustände beseitigen will, deren Fortbestehen ihm aus sittlichen oder socialen oder wirtschaftlichen Gründen als unhaltbar erschien."[22]) Dem vermögen wir nicht beizutreten.

---

[19])vgl. Urt. d. Reichsg. i. d. Deutsch. Jurist.-Ztg. 1900 S. 65, Entscheid. d. R. G. Bd. 53 S. 380.

[20]) Supplement zu Staubs Kommentar 1897 S. 6.

[21]) Kommentar 6. u. 7. Aufl. S. 4.

[22]) Staub 6. u. 7. Aufl. S. 4 Anm. 10.

Einmal halten wir eine analoge Anwendung der Normen des internationalen Privatrechts auf das Übergangsrecht für unzulässig.[23]) Hätte dies im Willen des Gesetzgebers gelegen, so würde derselbe, da er für das internationale Recht ausdrücklich den Grundsatz in Art. 30 aufgestellt hat, sicherlich nicht ermangelt haben, bei Regelung der ebenso wichtigen Übergangsfragen unzweideutig hierauf Bezug zu nehmen. Dies ist nicht der Fall, nicht einmal die Motive oder Protokolle weisen darauf hin. Gegen eine Analogie sprechen aber auch noch andere Gründe. Wenn auch unbestritten eine gewisse Verwandtschaft zwischen beiden Rechtsmaterien besteht, weil beide berufen sind, die Grenzlinien zwischen verschiedenen Rechtsordnungen zu ziehen, so ist doch nicht zu übersehen, dass es ein Anderes ist, ob der Staat fremden Rechtsnormen oder seiner eigenen alten Rechtsordnung die Anerkennung versagt. Im ersteren Falle ist er leichter imstande die Wirksamkeit eines Rechtssatzes anszuschliessen, weil er gegen die guten Sitten verstösst. Hier bindet ihn keinerlei Rücksicht auf die geschichtliche Entwickelung und das Volksempfinden; er steht dem ausländischen Recht fremder gegenüber, die Verantwortung, die er durch Verweigerung seiner Anerkennung auf sich lädt, ist eine nicht so grosse. Anders, wenn er einer einheimischen Rechtsnorm ihre bisherige Wirksamkeit nimmt. Dann muss sorgfältig geprüft werden, ob der Umschwung in der sittlichen Weltanschauung des betr. Volkes und der Widerwille gegen bisher geduldete Rechtsverhältnisse, mögen sie zuletzt auch bereits dem sittlichen Empfinden widersprochen haben, so gross ist, dass ihnen jede Existenzberechtigung versagt werden kann,

[23]) so auch Lehmann bei Goldschmidt 48 S. 13, Affolter System S. 13 ff. u. A. Zitelmann I 39 ff.

oder ob es nicht vielmehr angemessen erscheint, dem schadhaften Zustand lediglich für die Zukunft den Rechtsschutz zu versagen; denn es ist nicht zu verkennen, dass das neue Recht in manchen Fällen schon deshalb das sittliche Empfinden tangierende Normen aufgenommen hat, um „durch erziehliche Wirkung des B. G. B. einer geläuterten, sittlichen Anschauung zum Durchbruch zu verhelfen.“[24])

Gegen die Staub'sche Lehre ist des Weiteren noch einzuwenden, dass der Begriff „exklusiv“ keine scharfe Begrenzung zulässt, dass mit ihm also nicht viel gewonnen ist. Dies findet schon in den Motiven zu Gebhardt's I. Entwurf eines B. G. B. seinen Ausdruck, wo es von der Exklusivität internationaler Rechtsnormen heisst; „So gewiss sittliche, wirtschaftliche oder politische Motive einem Rechtssatz inne wohnen, der die Anwendung fremden Rechts ausschliesst, bezw. an dessen Stelle selbst angewandt sein will, so fehlt es doch an jedem ausreichenden objektiven Maßstab, ob und inwieweit diese Motive im einzelnen Falle die Exklusivität bedingen. Hierüber wird nur der Richter . . . . entscheiden können.“[25]) Was hier über das internationale Privatrecht gesagt ist, trifft auch für die zeitlichen Kollisionsnormen zu.

Richtiger als Staub geht u. E. Horrwitz[26]) vor, der auf die polizeiliche und krimminelle Natur der Vorschriften abstellt. Nur solchen will Horrwitz rückwirkende Kraft einräumen, da der Wille des Gesetzgebers hier klar hervortrete, möglichst schnell eine Änderung in der Rechts-

[24]) vgl. R. G. in J. W. 1900 S. 637, 638, Entscheid. Bd. 48 S. 129.
[25]) Kahn in Ihr. Jahrb. 39 S. 22 ff.
[26]) Recht der Handlungsgehilfen S. 8 u. 9.

lage des wirtschaftlich Schwachen herbeizuführen. Ähnlich beschränken Pappenheim[27]) und Lehmann[28]) die Ausdehnung der Rückwirkung. Letzterer will die von Horrwitz gezogene Grenze etwas erweitern, indem er über die Vorschriften, welche zum Schutze der Gesundheit, Sittlichkeit und Religion gegeben sind, hinaus auch den Rechtsnormen polizeilichen Charakter beimisst, bei denen es sich um die Wahrung der persönlichen Freiheit des einzelnen und dergleichen handelt.

Dieser, man kann wohl sagen, herrschenden Ansicht hat sich das Reichsgericht,[29]) welches sich gegen die von Düringer-Hachenburg, Fuld und früher auch von Staub vertretene Auffassung wendet, angeschlossen. Im Urteil vom 7. Dezember 1898 heisst es: „Auch nicht ausdrücklich angeordnete Ausnahmen können sich aber aus Grund und Zweck der Gesetze ergeben. . . . Nicht richtig aber ist es, dass alle zwingenden Rechtssätze rückwirkende Kraft haben, Es kommt vielmehr darauf an, „welche Wichtigkeit und Bedeutung der Urheber eines (derartigen) neuen Rechtssatzes, diesem aus Gründen der Sittlichkeit und des Gemeinwohls beilegt" und deshalb insbesondere auch darauf, in welchem Maße schon das bisherige Recht dem Bedürfnisse genügt, dem der neue Rechtssatz zu dienen bestimmt ist." Noch präziser hat das Reichsgericht im Urteil vom 18. November 1898 seine Stellung zur Rückwirkungsfrage klargelegt, wo folgendes ausgeführt wird:[30])

„Die in der Litteratur mehrfach, z. B. von Staub[31])

[27]) Pappenheim bei Gruchot 42 S. 326 ff.
[28]) Lehmann bei Goldschmidt 48 S. 34 ff.
[29]) Entsch. des R. G. Bd. 43 Nr. 5 S. 25 ff.
[30]) Entscheid Bd. 42 S. 99 ff.
[31]) Staub hat, wie oben S. 56 bemerkt, inzwischen seinen Standpunkt geändert.

für die Rückwirkung allein angeführten Gründe, die Bestimmungen enthielten öffentliches Recht und seine zwingender Natur, sind ungenügend. Zu den Vorschriften des öffentlichen Rechts im eigentlichen Sinne gehören sie überhaupt nicht, sondern sind privatrechtlicher Natur; versteht man aber unter jenem Ausdruck nur, dass sie unverzichtbar, der Willkür der Kontrahenten entzogen sind (publici juris in diesem Sinne), so ist der Ausdruck gleichbedeutend mit dem zweiten, dass sie zwingendes Recht enthalten. Das ist zwar tatsächlich richtig . . . ., aber aus der zwingenden Natur einer Vorschrift erfolgt nur, dass sie unter ihrer Herrschaft, also in der Zukunft, nicht durch Vertrag abgeändert werden darf. Vgl. Urteil des I. Civil-Sen. in der Jurist. Wochenschr. v. 1891 S. 394 Nr. 26. Dass auch der Gesetzgeber auf diesem Standpunkt steht, ergiebt sich aus zahlreichen Bestimmungen des Einführungsgesetzes zum bürgerlichen Gesetzbuch und zum Handelsgesetzbuch. Vielmehr ist die zwingende Natur der Vorschrift nur eine der Voraussetzungen der Rückwirkung auf früher geschlossene Verträge, fehlt sie, so kann von einer Rückwirkung auf Vertragsbestimmungen wegen der Freiheit gegenüber dispositiven gesetzlichen Bestimmungen überhaupt nicht die Rede sein. Liegt sie aber vor, so genügt das allein nicht; sondern es muss noch der erkennbare Wille des Gesetzgebers hinzukommen, dass er nicht blos der Vertragsfreiheit für die Zukunft Schranken setzen, sondern sogar wohlerworbene Vertragsrechte verletzen will. Allen diesen Bedenken gegenüber genügt die immerhin bleibende Möglichkeit, dass der Gesetzgeber eine weitergehende Rückwirkung gewollt habe, nicht, um diese anzunehmen; jedenfalls hat eine solche, etwa bestehende Ansicht, keinen erkennbaren Ausdruck gefunden,

und das ist um so wichtiger, als mehrere Faktoren der Gesetzgebung zusammenwirken mussten. In der Litteratur gehen die Ansichten sehr auseinander . . . . . Die Verteidiger der rückwirkenden Kraft berufen sich fast nur auf die zwingende Natur der Vorschrift, also auf einen Grund, der schon als ungenügend nachgewiesen ist."

Diesen Auslassungen des Reichsgerichts schliessen wir uns, Horrwitz und Lehmann folgend, im Wesentlichen an, wollen jedoch hier noch auf einen von Lehmann[32]) bereits angedeuteten Gesichtspunkt aufmerksam machen. Ein öffentliches Interesse liegt in jedem Falle bei einem neuen Gesetze vor. Jede neue Rechtsnorm bezeugt, dass die bisher herrschenden Prinzipien mit den Volks — und — Rechtsanschauungen nicht mehr in Einklang zu bringen sind und dass sie deshalb einer Abänderung bedürfen. In diesem Sinne ist jedes neue Gesetz als sozialer Fortschritt oder zum wenigsten als ein Versuch einen solchen herbeizuführen anzusehen. Der Gesetzgeber hat stets ein grosses Interesse daran, eine möglichst schleunige Überführung aus dem alten, als schadhaft erkannten, in den neuen verbesserten Rechtszustand zu bewirken, wobei er sich natürlich in den Grenzen der Rechtsordnung halten muss bezw. soll. Diese Grenzen werden ihm hauptsächlich dadurch gesteckt, dass er wohlerworbene Rechte schonen muss. „Damit ist nicht gemeint das Vertrauen in ihre stete Fortdauer, da vielmehr nach den Umständen die Erwartung und der Wunsch eines bessernden Fortschritts wohlbegründet und heilsam sein kann."[33]) Dieser Wunsch nach möglichst baldiger Besserung des bestehenden Rechtszustandes liegt aber u. E. nicht lediglich bei

[32]) Lehmann a. a. O. S. 36.
[33]) v. Savigny a. a. O. S. 390.

den polizeirechtlichen Bestimmungen des neuen Rechts vor. Es giebt noch eine grosse Anzahl zwingender Vorschriften, zumal im neuen Handelsgesetzbuch, die nicht direkt öffentlich rechtlichen Charakter haben, die aber dazu bestimmt sind, den wirtschaftlich Schwachen in seiner Existenz zu schützen und zu fördern. Derartige Vorschriften sind z. B. das Recht des Handlungsgehilfen auf monatliche Gehaltszahlung, das Recht auf Erteilung eines Abgangszeugnisses, das Recht der Gesellschafter und Erben auf Bücher-einsicht u. s. w. Auch derartigen Vorschriften nicht öffentlicher Natur möchten wir rückwirkende Kraft beilegen. Jedoch ist hierbei einschränkend noch zu bemerken, dass es sich hier um einen Eingriff in wohlerworbene Rechte handelt, der nur dann statthaben soll, sofern keine der Vertragsparteien eine wesentliche Schädigung erleidet. Nur in den Fällen, in denen das Interesse eines anderen gar nicht oder doch nur wenig tangiert wird, halten wir es für zulässig auch derartigen Vorschriften wirtschaftlicher Natur rückwirkende Kraft beizulegen, um einen schnelleren Übergang vom alten zum neuen Recht herbeizuführen.

Werfen wir nunmehr einen kurzen Rückblick auf das Ergebnis unserer bisherigen Untersuchungen, so ergiebt sich Folgendes:

I. Grundsätzlich kommt für alte Rechtsverhältnisse neues Recht nicht in Betracht, es sei denn, dass der Gesetzeswille erkennbar hervortritt einer neuen Rechtsnorm rückwirkende Kraft beizulegen. Dies kann sowohl ausdrücklich als stillschweigend geschehen. Im letzteren Falle ist mit möglichster Schonung erworbener Rechte vorzugehen. Rückwirkende Kraft ist nur bei den Vorschriften polizeirechtlicher Natur (polizeirechtlich im weiteren Sinne) und bei solchen Vorschriften wirtschaftlicher Natur zu

vermuten, welche die Stärkung des wirtschaftlich Schwächeren bezwecken, ohne dass ein Dritter durch sie wesentlichen Schaden erleidet.

II. Keine Ausnahme von dem Prinzip der Rückwirkung ist die Anwendung neuen Rechts auf solche Rechtsverhältnisse, die beim Geltungsbeginn desselben noch nicht entstanden waren.

Ferner stellt sich nicht als Ausnahme dar, die sofortige Anwendung solcher Vorschriften, die als authentische Interpretationen des alten Rechts aufzufassen sind, da dieselben nicht neues Recht enthalten, sondern nur zum richtigen Verständnis des alten Rechts beitragen wollen.[1]) Für unsere Arbeit kommt dieser Fall nicht in Betracht. Wenn auch die Vorschriften des neuen Handelsrechts grösstenteils nur redaktionell verbessert aus dem allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch übernommen sind, so können sie doch nicht als authentische Interpretation aufgefasst werden, da das neue H. G. B. organisch mit dem B. G. B. zusammenhängt und mit demselben eine umfassende Kodifikation des neuen Rechts darstellt.

§ 6.

Wie weit ist nun, im Rahmen unserer Arbeit, im Einzelfall Rückwirkung gegeben? Da die Gesellschaft zu den Schuldverhältnissen gehört, handelt es sich im Wesentlichen um eine Interpretation des Art. 170 E. B. G. B. Derselbe stellt für Schuldverhältnisse das allgemeine Prinzip der Nichtrückwirkung auf, gestattet aber, wie oben dargetan, Ausnahmen.[2]) Immer aber ist zu beachten, dass Art. 170

[1]) vgl. Savigny a. a. O. S. 511 ff., Göppert a. a. O. S. 187. Gierke a. a. O. S. 190, Cosack B. G B. Bd. I S. 49, Crome a. a. O. S. 105, Motive I, S. 23.

[2]) s. o. § 5.

das Prinzip darstellt, er ist deshalb im weitesten Sinne zu fassen und verdient immer dann Anwendung, wenn nicht sicher feststeht, dass der in Betracht kommenden Rechtsnorm rückwirkende Kraft zukommt.[3]) Noch weiter geht Affolter, der sogar eine analoge Anwendung des Artikels stets für zulässig hält.[4])

Für Entscheidung der Frage, ob altes oder neues Recht anzuwenden ist, ist die Entstehung des Schuldverhältnisses maßgebend. Ein Schuldverhältnis ist entstanden mit der Vollendung sämmtlicher Tatbestandsmerkmale, ein Vertrag also mit dem Moment des Vertragsschlusses. Diese Feststellung ist bei einem neuen Gesellschaftsvertrage im allgemeinen leicht zu treffen, da hier der Augenblick der Annahme entscheidend ist.

Affolter[5]) vertritt den Standpunkt, dass ein Gesellschaftsvertrag, der von einem Teil der Gesellschafter unter altem Recht, von einem andern Teil unter neuem Recht angenommen wird, nach altem Recht zu beurteilen ist. Er begründet dies damit, dass das zur Entstehung gebrachte Rechtsverhältnis als „Gesammtakt", der sich aus einer Reihe gleichartiger „Willenstatumstände" zusammensetzt, aufzufassen ist. Dem ist Folgendes entgegenzuhalten. Eine Gesellschaft kommt durch eine Einigung sämmtlicher Parteien über das Gesellschaftsverhältnis zustande. So lange nicht alle Gesellschafter zustimmen, ist die beabsichtigte Gesellschaft noch nicht zur Entstehung gelangt; denn jeder der Gesellschafter will mit den andern, und zwar mit „allen" andern Beitretenden kontrahieren. Sie alle müssen zum Zustandekommen des Vertrages durch

[3]) Crome I S. 114.
[4]) Affolter a. a. O. S. 33. 300.
[5]) Affolter a. a. O. S. 133 n. 1.

Abgabe ihrer Willenserklärungen beitragen. Jeder neu beitretende Gesellschafter nimmt nur an in der Voraussetzung, dass alle in Aussicht genommenen Vertragsgenossen beitreten. Die offerierte Gesellschaft kommt erst mit der Beitrittserklärung des letzten Gesellschafters zustande, erst jetzt werden die gewünschten und gewollten Rechtsbeziehungen zwischen den einzelnen Personen geschaffen, nun erst umschlingt sie alle ein gesellschaftliches Band, die Gesellschaft tritt in die Erscheinung. Erfolgt der Beitritt des letzten Genossen erst unter neuem Recht, so unterfällt der ganze Vertrag demselben. Erfordert das neue Recht eine Form, wie z. B. bei Einbringung von Grundstücken, so ist dieser zu genügen.

Schwieriger, als bei Neubildungen die Entstehungszeit festzulegen, ist es die Gesellschaften, bei denen sich das alte Vertragsverhältnis fortsetzt, deutlich von solchen zu trennen, bei denen es sich, infolge von Änderungen des alten Rechtszustandes, um den Abschluss eines neuen Vertrages handelt. Während letztere nach neuem Recht zu beurteilen sind, bleibt für erstere gemäss Art. 170 E. B. G. B. altes Recht bei Bestand.

Dass wir der Auffassung Düringer-Hachenburg's, die auch auf Gesellschaften den Art. 171 E. B. G. B. analog anwenden wollen, nicht folgen können, haben wir bereits oben[6]) klar gelegt. Hier sei nur noch auf die von diesen Schriftstellern hierzu gegebene Begründung eingegangen. Sie führen aus:[7]) „Die stillschweigende Erneuerung eines unter dem früheren Gesetz geschlossenen Vertrages durch Unterlassung statthafter Kündigung steht dem Abschluss eines neuen Rechtsgeschäfts gleich und unterwirft ihn dem

[6]) s. o. S. 40.

[7]) Düringer-Hachenburg S. 16.

neuen Recht.“ Diese Auffassung halten wir für irrig. Der Abschluss eines neuen Vertrages erfordert eine von neuem dargetane Einigung der Parteien. Wenn eine solche auch stillschweigend erfolgen kann, allein in der Fortsetzung eines bestehenden Vertragsverhältnisses wird man sie nicht sehen können.[8]) Ein Schuldverhältnis für das eine Kündigungsfrist bestimmt ist, besteht danach unverändert weiter, so lange bis die Kündigung erfolgt. Die Übereinstimmung der Beteiligten, der omnium in idem consensus geht von vornherein auf unveränderte Fortdauer des Vertragsverhältnisses bis zum Aufruf durch einen Genossen.

Etwas anderes ist es, wenn von vorneherein im Gesellschaftsvertrage ein bestimmter Endtermin festgesetzt ist. In diesem Fall hört die Existenz der Gesellschaft mit dem festgesetzten Zeitpunkt auf, eine Kündigung ist nicht erforderlich. Wird das Gesellschaftsverhältnis nach Erreichung des Termins von den bisherigen Gesellschaftern fortgesetzt, so liegt darin eine neue möglicherweise stillschweigende Einigung. Mit dem Erlöschen der alten, ist eine neue Gesellschaft von unbestimmter Dauer entstanden. Für die Übergangszeit ergiebt sich daraus, dass die im ersten Gesellschaftsvertrage zeitlich begrenzte Gesellschaft, dem Recht zur Zeit des ersten Vertragsschlusses untersteht, mag auch der Endtermin in die Zeit des neuen Rechts fallen. Die fortgesetzte neue Gesellschaft ist dagegen nach neuem Recht zu beurteilen. Dies wird namentlich wichtig, wenn ein Gesellschafter Grundstücke einbringt; alsdann bedarf der zweite Gesellschaftsvertrag

[8]) so auch Lehmann a. a. O. S. 116 ff., Habicht a. a. O. S. 296, Niedner a. a. O. S. 341, Affolter a. a. O. S. 322, Keyssner S. 34, Anschütz in Busch, Archiv XII S. 77.

zu seiner Giltigkeit der gerichtlichen oder notariellen Form. (B. G. B. § 313.)[9])

Einer eingehenden Erörterung bedarf ferner der Fall, dass der alte vor dem 1. Januar 1900 geschlossene Gesellschaftsvertrag nach diesem Termin Abänderungen erfährt. Ein solches Abkommen setzt stets eine neue Willenseinigung der Parteien voraus. Deshalb ist u. E. selbst in der geringsten Änderung des alten der Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages zu erblicken, infolge dessen die Gesellschaft von da ab dem neuen Recht untersteht. Dies gilt sowohl für den Fall, dass die Gesellschafter eine aufgelöste oder doch wenigstens gekündigte Gesellschaft alten Rechts fortsetzen,[10]) als auch für jede andere Änderung. Wir vermögen deshalb der von Habicht und Affolter in dieser Frage vertretenen Auffassung nicht zu folgen.

Habicht[11]) will den alten Gesellschaftsvertrag bestehen lassen, „selbst wenn das Gesellschaftsverhältnis Veränderungen erfährt, so lange es nur trotz dieser Veränderungen auf dessen Grundlage erscheint." Die Grundlagen, die für die Frage, ob altes oder neues Recht anzuwenden ist, bestimmend wirken sollen, sind aber nach Habicht's eigener Angabe[12]) liquide und lassen sich nur im einzelnen Falle feststellen. Ist es schon an sich schwierig, zu erkennen, ob nur eine Änderung oder ein neuer Vertrag vorliegt, so werden diese Schwierigkeiten noch gesteigert durch die Schlussfolgerungen, die Habicht aus seiner Lehre zieht. Er will nämlich, wenn feststeht, dass nur Abänderungen des alten Vertrages vorliegen, mithin also für die Gesell-

[9]) a. A. Habicht S. 310, Affolter S. 308/9.

[10]) vgl. Lehmann a. a. O. S. 87 ff, Staub S. 353, Hofmann bei Gruchot XI S. 460.

[11]) Habicht a. a. O. S. 310.

[12]) Habicht a. a. O. S. 311 Anm. 1.

schaft altes Recht zur Anwendung kommt, diese Abänderungen nach neuem Recht ausgelegt wissen, wobei jedoch wieder die Anwendung solcher Regeln des neuen Rechts ausgeschlossen ist, „welche sich aus der besonderen Gestaltung ergeben, die das Gesellschaftsverhältnis überhaupt in diesem erfahren hat." Durch ein derartiges Verfahren trägt Habicht u. E. Schwierigkeiten in die Lehre, die nur zu deren Verwirrung dienen. Während er aber[13]) davor zurückschreckt, die Abänderungsvereinbarungen, wenn sie unter neuem Recht erfolgen, auch formell dem alten Recht zu unterwerfen, zieht Affolter auch diese Konsequenz. Es entspricht dies seiner Auffassung, dass derartige Abänderungstatbestände stets „organisch" mit dem „Haupttatbestande" zusammenhängen und sowohl inhaltlich, wie formell diesem gleich zu behandeln sind, selbst dann, wenn sie zeitlich später und unter neuem Recht in die Erscheinung treten.[14])

Abgesehen davon, das u. E. eine sichere Unterscheidung zwischen einer Abänderung und der gänzlichen Aufhebung und dem Neuabschluss eines Vertrages nicht möglich erscheint, wird die Auffassung Habicht's und Affolter's schon genügend widerlegt durch den Hinweis auf die Natur der Gesellschaft als Schuldverhältnis und Vertrag. Die Grundlage des Gesellschaftsverhältnisses bildet der Gesellschaftsvertrag. Er begründet das Schuldverhältnis und bringt die Gesellschaft zur Entstehung. Jeder Gesellschaft, wie jeder Obligation überhaupt, liegt nur eine einheitliche Willenseinigung der Parteien, ein Vertrag, zu Grunde. Die Abänderung eines bestehenden

[13]) ebenso Scherer S. 215.

[14]) Affolter S. 323, dagegen Rechtspr. Bd. 5 S. 31, vgl. Urt. des Reichsger. im „Recht" Bd. 6 S. 462.

Vertrages setzt stets eine neue Willenseinigung und Erklärung der Parteien voraus. Die von einem Gesellschafter gemachten Abänderungsvorschläge des bestehenden Gesellschaftsvertrages sind Offerten, welche von den andern Gesellschaftern angenommen werden müssen, um Gültigkeit zu erlangen. Durch Annahme derselben tun die Gesellschafter ihre Einigung dahin kund, dass die alten Vertragsbestimmungen in complexu nicht mehr gelten sollen. Es kommt ein neuer Vertrag zustande und zwar ein solcher, der die Abänderung eines Rechtsverhältnisses bezweckt.[15]) Andernfalls würde das Gesellschaftsverhältnis nunmehr auf einer Reihe zeitlich getrennter und inhaltlich sich teilweise widersprechender Verträge basieren. Dies würde aber gegen den Begriff der Gesellschaft, als eines einmomentigen Schuldverhältnisses verstossen. Denn wo liegt in diesem Falle die Einigung der Parteien, wo die Annahme des Gesellschaftsvertrages? Hervorzuheben ist jedoch, dass es möglich und in den meisten Fällen wahrscheinlich ist, dass der Wille der Gesellschafter dahin geht, die übrigen nicht abgeänderten Bestimmungen des alten Vertrages in den neuen zu übernehmen und das alte Vertragsverhältnis (meist wohl stillschweigend) im Wesentlichen zur Grundlage des veränderten Vertrages zu machen.

Eine Änderung des alten Gesellschaftsvertrages bedeutet für uns hiernach stets die Neubegründung des Gesellschaftsverhältnisses, welches nach neuem Recht zu beurteilen ist, sofern die Änderung nach Eintritt des neuen Rechts erfolgt, mag auch das alte Schuldverhältniss unter altem Recht begründet sein. Insbesondere richtet sich

[15]) Dernburg B. G. B. I. S. 334.

die Form des neuen Vertrages nach neuem Recht.[16]) Diese oben erörterten Regeln gelten namentlich für den Ein- und Austritt eines Gesellschafters.[17]) Habicht[18]) ist der Ansicht, dass auch in diesen Fällen die Grundlagen des alten Gesellschaftsvertrages nicht erschüttert werden.[19]) Er führt aus: „Aber auch wenn die Gesellschafter in die Gesellschaft ein neues Mitglied aufnehmen, (ohne, dass dies von vornherein vorgesehen war) indem sie im übrigen den alten Vertrag aufrecht erhalten, so untersteht das Verhältnis weiter dem alten Recht und zwar nicht bloss das unter den bisherigen Gesellschaftern, sondern auch das zu dem neuen Mitglied, weil das Verhältnis im Ganzen nach neuem Recht beurteilt werden muss."

Aus den letzten Worten ergiebt sich, dass Habicht die Vertragsnatur des Gesellschaftsverhältnisses und die Notwendigkeit einer einheitlichen Beurteilung desselben nicht verkennt. Trotzdem verstösst er aber gegen die Regeln des Vertragsrechts, wenn er einen Abänderungsvertrag, ja eine Willenseinigung zwischen ganz anderen Vertragsgenossen, auf eine Zeit zurückbezieht, in der Wille

---

[16]) vgl. Anschütz bei Busch XII S. 80, Hofmann bei Gruchot XI S. 460, Bolze 16 Nr. 251, Rechtspr. Bd. 5 S. 31.

[17]) vgl. Lehmann a. a. O. S. 20, Staub S. 253, Reichsger. in Jur. Wochenschr. 1901 S. 845, dagegen R. O. H. 14 S. 151.

[18]) a. a. O. S. 311, ihm folgt Affolter S. 323.

[19]) Ob die Aufnahme eines neuen Mitgliedes eine Neugründung der Gesellschaft darstellt, ist in der Litteratur bestritten. Gierke a. a. O. I S. 691 ff., Vereine ohne Rechtsfähigkeit S. 19, Matthiass S. 634, denen Schoenberner: „Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft, Rostocker Dissert. 1901" folgt, halten den Eintritt in eine alte Gesellschaft für möglich, während Cosack B. G. B. I S. 389, Staub S. 389, Lehmann a. a. O. S. 20, ihnen folgend Seinsch: „Die Aufnahme eines neuen Gesellschafters Rostocker Disser. 1901" in der Aufnahme eines anderen Mitgliedes den Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages erblicken.

und Erklärung der neu Beitretenden in keiner Weise in Betracht kommen konnten. Bei der Gründung der Gesellchaft hat der Wille des neuen Gesellschafters nicht mitgesprochen, an ihn ist von den alten Gesellschaftern nicht gedacht worden. Wenn er trotzdem ohne weiteres dem Recht zur Zeit der Entstehung der alten Gesellschaft unterworfen werden soll, gelangt man dazu, einen Vertrag, nicht nach der Zeit seiner Tätigung, sondern nach einer weit vorherliegenden Zeit zu beurteilen, was u. E. nicht angängig ist.

Sodann ist gegen Habicht's Ausführungen noch zu bemerken, dass die Grundlagen des bisherigen Gesellschaftsverhältnisses, auch wenn der Vertrag im übrigen unberührt bleibt, durch den Eintritt eines neuen Gesellschafters stark verschoben werden. Die Gesellschaft, namentlich die offene Handelsgesellschaft, beruht auf höchst persönlichen Verhältnissen.[20]) Für den Kredit, die Stellung der Gesellschaft zur Geschäftswelt, sind die kaufmännische Gewandtheit des einzelnen Gesellschafters, sein Fleiss, seine persönlichen Beziehungen und seine Arbeitskraft massgebende Faktoren, von denen die gedeihliche Entwicklung des Unternehmens abhängig ist Ausserdem werden die Vermögensverhältnisse, die doch die Grundlage für eine gedeihliche Entwickelung sind, wesentlich geändert. Es ist für die alten Gesellschafter sehr einschneidend, ob der Gewinn und Verlust in mehr Teile geht als bisher und ob durch den Eintritt der Kredit der Gesellschaft erhöht oder gemindert wird.

Folgt man Habicht und ordnet die Rechtsverhältnisse des neuen Gesellschafters dem Recht zur Zeit der

[20]) vgl. Motive z. B. G. B., Bd. II S. 622.

Begründung der Gesellschaft unter, so wird den unter altem Recht entstandenen Gesellschaften die Möglichkeit gegeben, ein ewiges Dasein zu fristen und sich auf Jahrhunderte hinaus der Einwirkung des neuen Rechts zu entziehen. Sie können sich durch Aufnahme neuer Gesellschafter allmählich verjüngen, während der jeweilig neu hinzutretende Gesellschafter gezwungen würde, sich noch Jahrzehnte lang dem alten Recht unterzuordnen. Die Segnungen des fortgeschrittenen neuen Rechts würden ihm versagt bleiben. Dies widerspricht u. E. geradezu der Absicht des Gesetzgebers,[21]) deshalb ist die Ansicht Habicht's auch schon aus diesem Grunde, weil ungerecht, abzulehnen.

Habicht wird dann auch im weiteren Verlauf seiner Abhandlung selbst in seiner Ansicht schwankend. Er schränkt seine Behauptung dahin ein, dass man im Wechsel in der Person der Gesellschafter eine Fortsetzung des alten Rechtsverhältnisses sehen dürfe, wenn man sie darum auch nicht immer annehmen müsse.[22]) Das Rechtsverhältnis des neuen Gesellschafters zu den alten sucht er analog der Cession und Schuldübernahme zu konstruieren. Dies erscheint uns schon deshalb nicht angängig, weil das Gesellschaftsverhältnis höchst persönliche Rechtsverhältnisse mit umfasst; es ist deshalb eine Übertragung der Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnis ausgeschlossen (B. G. B. § 717). Derartige Rechte sind z. B. das Recht auf Büchereinsicht, auf Vorlegung einer Bilanz, das Recht einen Prokuristen zu bestellen, das Recht des Erben als Kommanditist aufgenommen zu werden u. a. Alle diese Rechte sind an die Person des Gesellschafters ge-

[21]) vgl. v. Savigny a. a. O. S. 309.
[22]) Habicht a. a. O. S. 312.

bunden, sie lassen sich von derselben nicht loslösen, eine Übertragbarkeit ist ausgeschlossen.[23])

Ebenso wie bei dem nachträglich vereinbarten Eintritt eines neuen Gesellschafters, nehmen wir auch dann eine Neugründung an, wenn die alten Gesellschafter zwar schon im Gesellschaftsvertrage für spätere Zeit die Aufnahme neuer Mitglieder vorgesehen, diese selbst aber bei der ursprünglichen Gesellschaftsgründung nicht mitgewirkt haben. In solchen Fällen enthält der alte Gesellschaftsvertrag eine Offerte an die im Vertrage genannten Personen, nehmen diese an, so kommt ein neuer Gesellschaftsvertrag zustande. Das Gleiche gilt, wenn der Eintritt eines neuen Mitgliedes dergestalt geschieht, dass ein alter Gesellschafter ausscheidet und ein neuer an seine Stelle tritt.[24]) Auch hier liegt ein neuer Gesellschaftsvertrag vor.

Des Weiteren ist auch in den Fällen, wo eine anfänglich gekündigte oder bereits aufgelöste Gesellschaft von den alten Gesellschaftern fortgesetzt wird, eine neue Einigung anzunehmen, mag diese ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen.[25]) Diese Fälle bedürfen jedoch stets sorgfältigster Prüfung. Ist nach dem 1. Januar 1900 eine neue Einigung erfolgt, so gilt neues Recht, handelt es sich dagegen nur um eine Fortsetzung des alten Gesellschaftsverhältnisses d. h. ist Auflösung zu einem bestimmten Termine nicht vereinbart, eine Kündigung nicht erfolgt, so bleibt altes Recht bei Bestand.[26]) So bleiben dem alten Recht auch ferner die vor dem Inkrafttreten der neuen Gesetze eingegangenen Gesellschaften auf Lebenszeit unterstellt. Doch werden

[23]) vgl. Urt. des Reichsger. in Jur. Wochensch. 1902 S. 397, Motive Bd. II S. 613.

[24]) vgl. Urt. des Reichsger. in Jur. Wochensch. 1901 S. 845.

[25]) vgl. Anschütz b. Busch XII S. 80, Motive II 630.

[26]) Keyssner b. Busch XII S. 77.

diese häufig dadurch unter neues Recht treten, dass die Gesellschafter nachträglich Abänderungen des ürsprünglichen Vertrages vereinbaren. Ein solcher Fall liegt beispielsweise vor, wenn ein Gesellschafter nachträglich Einlagen in die Gesellschaft macht. Verpflichtet er sich unter neuem Recht noch ein Grundstück einzubringen, so wird für den neuen Gesellchaftsvertrag die Form des § 313 B. G. B. erforderlich.

Ist umgekehrt eine Gesellschaft unter altem Recht z. B. allgemeinem Landrecht formell mangelhaft begründet, so konvalesniert diese rechtlich irrelevante Gesellschaftsgründung nicht dadurch ohne Weiteres, dass das neue Recht grössere Formfreiheiten einführt. § 17 der Einl. zum allgem. Landrecht, der eine derartige Bestimmung enthält, findet für das heutige Recht keine Anwendung mehr. Er bringt nur eine ausdrückliche Ausnahme zur Geltung, die mit den allgemeinen juristischen Grundlehren im Widerstreit steht. Aus diesem Grund hat auch die Vorschrift schon in der älteren Judikatur bedeutende Einschränkungen erfahren; so fand sie auf Verträge keine Anwendung.[27]) Für das neue Recht ist an der Grundregel festzuhalten, dass ein ungültiges Rechtsgeschäft ungültig bleibt, auch wenn eine spätere Rechtsordnung Neubildungen für gültig erklärt.[28]) Es wird jedoch im Einzelfalle festzustellen sein, ob nicht nach dem 1. Januar 1900 eine neue Willenseinigung stattgefunden hat, wodurch ein den Ansprüchen des neuen Rechts entsprechender Gesellschaftsvertrag zustande gekommen ist. Die blosse Fortsetzung des mangelhaften Gesellschaftsverhältnisses unter

[27]) R. O. H. Bd. 5 S. 253, Striethorst Arch. 64 S. 284.

[28]) vgl. Jur. Wochenschr. 1903 Beil. S. 42, Rechtspr. der O. L. G. 1903 S. 133.

neuem Recht allein berechtigt zu der Annahme noch nicht. Wenn es auch zur Unterstellung des Vertragsverhältnisses unter neues Recht nicht immer einer ausdrücklichen Willenserklärung bedarf,[29]) so muss doch nach den Umständen klar hervorgehen, dass es allen Gesellschaftern um die Gründung einer rechtsgültigen Gesellschaft zu tun ist, da es denkbar ist, dass einer oder der andere der Vertragsgenossen das alte ungültige Gesellschaftsverhältnis absichtlich fortsetzen will, um daraus irgend welche Vorteile für sich herleiten zu können, ohne an gesetzliche Regeln gebunden zu sein.[30])

Ohne Einfluss auf die intertemporalrechtliche Behandlung einer Gesellschaft ist der Umstand, dass der Gesellschaftsvertrag bereits vor dem 1. Januar 1900 geschlossen worden ist, während der Geschäftsbeginn erst unter neues Recht fällt. Hier findet Art 170 E. B. G. B. Anwendung; das Gesellschaftsverhältnis untersteht dem alten Recht.[31])

II. Besonderer Teil.

§ 7.

Nachdem wir im Vorstehenden unsere Stellung zur Rückwirkungslehre dargetan und die Regeln, welche für die Beurteilung der Fragen wesentlich sind, festgelegt haben, geht unsere Aufgabe nunmehr dahin, festzustellen, wie weit eine Einwirkung des neuen Rechts auf die einzelnen Bestimmungen des Gesellschaftsrechts stattfindet.

Von grösstem Interesse ist naturgemäss die intertemporalrechtliche Behandlung der am häufigsten vor-

[29]) Striethorst Archiv 53 S. 123, 64 S. 283 ff.
[30]) vgl. Urt. des Reichsger. in Jur. Wochnschr. 1903 Beil. S. 42.
[31]) Urt. des Reichsger. in Jur. Wochenschr. 1901 S. 380.

kommenden und grundlegenden Gesellschaftsform, der offenen Handelsgesellschaft. Folgen wir der Legalordnung des Gesetzes, so haben wir zunächst die über die Errichtung desselben gegebenen Vorschriften in den Kreis unserer Betrachtungen zu ziehen.

Von dem Gesichtspunkt ausgehend, dass der Handel der Öffentlichkeit, welche die Grundlage des Kredits ist, bedarf, hat der Gesetzgeber in den §§ 106 ff. H. G. B. die Eintragung aller offenen Handelsgesellschaften in das Handelsregister angeordnet. Diese Vorschrift, die im Interesse der Sicherheit und des Verkehrs getroffen ist, stellt unbestritten eine Schutzvorschrift mit öffentlichrechtlichem Charakter dar. Deshalb werden von ihr vom 1. Januar 1900 ab alle offenen Handelsgesellschaften ergriffen, gleichviel, ob sie bereits vorher entstanden sind, oder erst nach diesem Tage entstehen.[1])

Da auch schon das alte Recht von gleichen Grundsätzen bezüglich der Eintragung ausging sind die Vorschriften der §§ 106 ff. an sich für die Einwirkungsfrage nicht von grosser Bedeutung. Mit denselben steht aber § 5 des neuen Handelsgesetzbuchs im engstem Zusammenhang. Dieser stellt als Wirkung der Eintragung die dem alten Recht unbekannte praesumtio juris et de jure auf, dass gegenüber demjenigen, der in das Handelsregister eingetragen ist, nicht geltend gemacht werden kann, dass kein „Handelsgewerbebetrieb oder kein Vollhandelsgewerbe" vorliege. Diese Fiktion ist, da sie ebenso wie die Registervorschriften öffentlich rechtlichen Charakter trägt, vom 1. Januar 1900 ab, auf alle offenen Handelsgesell-

[1]) Dasselbe gilt natürlich auch von den in andern Abschnitten des Gesetzbuchs aufgeführten Eintragungsvorschriften z. B. §§ 143, 148 H. G. B.

schaften anzuwenden. § 5 H. G. B. hat also rückwirkende Kraft; es findet aber nur eine Rückwirkung schwächeren Grades statt, d. h. die Regel greift nur ein, bei den nach dem 1. Januar 1900 getätigten Rechtsgeschäften. Besteitet also z. B. ein Schuldner oder Gläubiger einer als offenen Handelsgesellschaft eingetragenen Gesellschaft, dass eine o. H. vorliegt, weil der Zweck der Gesellschaft nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet sei und behauptet er z. B., dass ein Kleingewerbe vorliege, so wird er hiermit bezüglich der Verträge, die er mit der Gesellschaft vor dem 1. Januar 1900 abgeschlossen hat, durchdringen können, bei den nach diesem Zeitpunkt vorgenommenen Rechtsgeschäften finden seine Behauptungen jedoch keine Berücksichtigung. Eine als offene Handelsgesellschaft eingetragene Gesellschaft gilt demnach so lange die Eintragung besteht als offene Handelsgesellschaft, ohne Rücksicht darauf, ob sie es ihrer rechtlichen Qualifikation nach ist. Anderer Ansicht ist Cosack, der nur auf nach dem 1. Januar 1900 erfolgte Eintragungen dem § 5 Geltung verstatten will.[2]) Dies deckt sich mit der von Cosack in der Rückwirkungsfrage überhaupt eingenommenen Stellung, der wir bereits oben widersprochen haben.[3]) Abgesehen von dem zweifellos öffentlich rechtlichen Charakter der Vorschrift, ist die Auffassung Cosack's schon deshalb verwerflich, weil durch sie eine heillose Verwirrung im Rechtsverkehr herbeigeführt und gegen Treu und Glauben verstossen würde.[4])

Eine weitere mit der Errichtung der offenen Handelsgesellschaft zusammenhängende, bereits mehrfach ge-

---

[2]) Cosack Lehrbuch des Handelsrechts S. 767.

[3]) s. o. S. 43.

[4]) vergl. Entsch. d. Reichsger. in Jur. Wochnschr. 1902 S. 172.

streifte Frage ist die, wie weit unter altem Recht formlos geschlossene Gesellschaftsverträge, in denen sich ein Gesellschafter zur Einbringung eines Grundstücks verpflichtet, gültig sind. Das alte Recht liess die formlose Verpflichtung zu, selbst dann wenn die Einbringung der Immobilien den Hauptgegenstand des Gesellschaftsvertrages bildete;[5]) das neue Recht (B. G. B. § 313) verlangt gerichtliche oder notarielle Beurkundung. Wenn der formlose Vertragsschluss vor 1900 fällt, wird man einem solchen Gesellschaftsvertrag rechtliche Wirksamkeit nicht versagen können, selbst dann nicht, wenn die Einbringung der Grundstücke selbst erst nach Eintritt des neuen Rechts erfolgt.[6]) Zweifelhaft kann die Entscheidung aber werden, wenn der Gesellschafter, welcher sich zur Einbringung verpflichtet, vor dem 1. Januar 1900 die Offerte zum Abschluss des Gesellschaftsvertrages formlos gemacht hat, während die Annahme erst nach dem 1. Januar 1900 erfolgt. Darüber, welchem Recht in diesem Falle der Vertrag untersteht, gehen die Meinungen sehr auseinander.

Cosack[7]) führt aus: „Fällt ein juristischer Tatbestand zum Teil unter die zeitliche Herrschaft des alten, zum Teil unter die des neuen Gesetzes, so ist jeder Abschnitt des Tatbestandes getrennt nach dem zu seiner Zeit geltenden Recht zu beurteilen." Dem vermögen wir uns nicht anzuschliessen. Art. 170 E. B. G. B. sagt: „Für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches entstanden ist, bleiben die bisherigen Gesetze maßgebend." In der Hauptsache handelt es sich hierbei um Verträge. Jeder Vertrag ist ein Schuldver-

[5]) Bolze I 1164.
[6]) Entsch. des Reichsger. in Jur. Wochenschr. 1900 S. 380.
[7]) Cosack Lehrbuch des B. G. B. S. 48.

hältnis, welches im Augenblick der Annahme zur Entstehung gelangt. Dieser Moment kann aber entweder nur unter das alte oder nur unter das neue Recht fallen, niemals aber unter beide.

Habicht,[8]) der den Standpunkt vertritt, dass in einem solchen Falle altes Recht anzuwenden sei, ist bereits von Niedner[9]) treffend widerlegt worden.[10]) Niedner weisst darauf hin, dass Habicht von der unzutreffenden Annahme ausgeht, die Offerte sei ein selbständiges Schuldverhältnis, welches bei willkürlichem Rücktritt des Offerenten einen Anspruch auf Abschluss des Vertrages oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung gebe, „während doch eine einseitige Willensgebundenheit vorliegt, die eventuell den Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses gewährt.“ Für das gemeine Recht ist auch letzteres nicht einmal der Fall, da hier die Offerte jederzeit frei widerruflich ist. Im Übrigen sei hierzu noch bemerkt, dass das Gesetz sich vor bloßen Möglichkeiten und Erwartungen nicht zurückzieht. Solange ein Antrag nicht angenommen ist, wird für die andere Partei kein Zustand der Gebundenheit erzeugt. Es ist wohl „möglich“ und kann „erwartet“ werden, dass der Gegner annimmt, eine Verpflichtung besteht jedoch hierzu ebenso wenig, als der Offerent ein Recht darauf erlangt: „Denn wenngleich moderne Gesetzgebungen schon dem Delaten, wie dem Oblaten ein gewisses Recht beilegen, so ist doch das deferierte und offerierte Recht noch nicht erworben.“[11])

[8]) Habicht a. a. O. S. 171 ff., ebenso Affolter a. a. O. S. 133, 301, zweifelnd verhält sich Planck zu Art. 170 E. B. G. B. S. 275, er neigt mehr zur Habicht'schen Auffassung.

[9]) Niedner a. a. O. S. 324.

[10]) das Gleiche gilt gegen Affolter.

[11]) Pfaff-Hofmann a. a. O. S. 130.

Letzteres hat auch Neumann[12]) bereits berücksichtigt, der den Vertrag zwar dem neuen Recht unterordnen, dem Annehmenden aber ein Klagerecht auf Stellung einer nach neuem Recht gültigen Offerte geben will. Eine derartige Klage ist aber unzulässig.[13])

Richtig ist u. E. die zuerst von Lehmann[14]) vertretene Ansicht, dass im vorliegenden Falle die Offerte sowohl dem alten, wie dem neuen Recht genügen muss. Ein formgültiger Vertrag kann nur zustande kommen, wenn Offerte und Annahme der Form genügen. Fehlt die Form bei einem der beiden Vertragselemente, so wird kein Zustand der Gebundenheit erzeugt, es kommt kein Vertrag zustande. Denn fordert das „alte" Recht eine Form, so kann unter seiner Rechtsordnung eine Rechtswirkung nur hervorgebracht werden, wenn dieser Form genügt wird. Liegt eine ungültige Offerte vor, so kommt durch Annahme derselben unter der „alten" Rechtsordnung kein Vertrag zustande, selbst wenn die Annahme der Form genügt, weil die Grundlage des Rechtsverhältnisses der rechtlichen Bedeutung entbehrt. Das Gleiche gilt aber, wenn die Annahme erst unter „neuem," weniger formellen Recht erfolgt. Das ungültige Rechtsgeschäft kann nicht plötzlich zu neuem Leben erweckt werden, der Tatbestand bleibt rechtsgeschäftlich irrelevant, Rechtsbeziehungen werden durch ihn nicht geschaffen.

Verlangt umgekehrt das „neue Recht" eine Form, die dem alten Recht fremd war, so verliert die unter der alten Rechtsordnung formlos gemachte Offerte die Be-

---

[12]) Neumann a. a. O. S. 1449.

[13]) vgl. Urt. des Reichsger. in Jur. Wochenschr. 1902 S. 123.

[14]) Lehmann bei Goldschmidt 48 S. 86, ebenso Niedner a. a. O. S. 324.

deutung. Ist bis zum Eintritt des neuen Rechts kein Vertrag zustande gekommen, so bedarf es einer neuen formgültigen Offerte, um Rechtsbeziehungen zwischen den Parteien herzustellen. Ein Rechtsverhältnis kann nur dann wirksam entstehen, wenn die rechtsgeschäftlichen Voraussetzungen, die der Gesetzgeber an seine Entstehung knüpft, gegeben sind.

Einschneidende rechtliche Wirkungen in der Beurteilung der offenen Handelsgesellschaften sind auf die Änderung der Gesetzgebung an sich zurückzuführen. Wird eine Gesellschaft, die nach altem Recht offene Handelsgesellschaft war, vom neuen Recht nicht mehr hierzu gerechnet, weil das Gewerbe aufhört Handelsgewerbe zu sein, so hört ihre Existenz als offene Handelsgesellschaft mit dem 1. Januar 1900 auf. Mit diesem Zeitpunkt wird sie bürgerliche Gesellschaft und ist nach dem B. G. B. zu beurteilen. Derartige Fälle sind jetzt für Hannover, Hamburg und Bremen infolge deren Einführungsgesetzen zum allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuch von Wichtigkeit. Nach § 6 Nr. 1 bezw. § 5 dieser Gesetze gelten Vereinigungen von Hausirern, Trödlern u. s. w., entgegen der Dispositivvorschrift des Art. 10 a. H. G. B., als Handelsgesellschaften, wenn sie sich zum Zweck des Gewerbebetriebes zusammentun, während derartige Gesellschaften unter neuem Recht als Gesellschaften bürgerlichen Rechts anzusehen sind. (§ 4 H. G. B.) War die Gesellschaft vor 1900 eingetragen, so wird man, falls ein Grossgewerbebetrieb vorliegt und sie die Eintragung bestehen lässt, auf ihre Absicht, offene Handelsgesellschaft zu bleiben, schliessen dürfen, während die nach dem 1. Januar 1900 erfolgte Löschung den Wunsch erkennen lässt, dem B. G. B. unterstellt zu werden. Dieser Wille kommt unter Umständen

in einem neuen Gesellschaftsvertrage zum Ausdruck; infolgedessen ist dann das ganze Gesellschaftsverhältnis nach neuem Recht zu beurteilen.[15])

Umfasst eine auf einen landwirtschaftlichen Betrieb gerichtete Gesellschaft ein Nebengewerbe, welches ein Kleingewerbe darstellt, so gilt für dieses vom 1. Januar 1900 ab ebenfalls bürgerliches Recht. War die Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft eingetragen, so ist sie berechtigt, weiter o. H. zu bleiben. Da sie hierzu aber nicht „verpflichtet" ist (§ 3 H. G. B.), wird man ihr das Recht zugestehen müssen, die Löschung im Handelsregister herbeizuführen und fortan Gesellschaft des B. G. B. zu werden.[16]) Allerdings wäre die Löschung unverzüglich am 1. Januar 1900 zu bewerkstelligen gewesen, da sonst der Schlusssatz des § 3 H. G. B. Platz greift und zu vermuten ist, die Gesellschaft wolle offene Handelsgesellschaft bleiben.

Ist umgekehrt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, z. B. eine Vereinigung mehrerer Personen zum Betrieb einer Ziegelei, eines Bergwerks u. s. w., infolge des neuen Rechts zur offenen Handelsgesellschaft aufgerückt, so gilt vom 1. Januar 1900 ab Handelsrecht für dieselbe; die Gesellschaft muss auf Grund § 2 Satz 2 H. G. B. zur Eintragung gebracht werden. Im Verhältnis nach innen wird hier vielfach noch auf die Normen des alten Civilrechts Rücksicht zu nehmen sein. Verlangte die alte Rechtsordnung zur Entstehung eine bestimmte Form,[17]) so wird dieser Mangel nicht ohne Weiteres durch den Eintritt des neuen Rechts geheilt. Dasselbe findet keine Gesellschaft vor, es sei denn, dass man eine stillschweigende Neugründung

---

[15]) vgl. Lehmann a. a. O. S. 42.

[16]) Lehmann-Ring S. 38, Staub S. 69.

[17]) wie z. B. das Preuss. Landrecht für Erwerbsgesellschaften.

anzunehmen hat, die das Gesellschaftsverhältnis ganz dem neuen Recht unterstellt.[18])

§ 8.

Einwirkung auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander.

In dem ersten Paragraphen des das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander behandelnden Titels wird bestimmt, dass die im Gesetz gegebenen Vorschriften der §§ 110—122 nur insoweit Anwendung finden sollen, als der Gesellschaftsvertrag nicht etwas Anderes bestimmt. Damit steht der dispositive Charakter dieser Vorschriften ausser Zweifel. Der Gesetzgeber hat, da es sich lediglich um zwischen den Parteien gültige Abmachungen handelt und die Interessen Dritter nicht in Frage stehen, dem Parteiwillen freien Spielraum gelassen. Ein Eingriff in die individuelle Rechtssphäre des Einzelnen würde hier auch schmerzlicher empfunden werden, als auf anderen Rechtsgebieten. Deshalb ist jede Rückwirkung ausgeschlossen. Zum Erlass spezieller Rückwirkungsvorschriften lag um so weniger Anlass vor, als die Materie im Gebiet des alten Handelsrechts im Wesentlichen in gleicher Weise, wie in dem neuen Gesetz, geregelt war. Der Gesetzgeber konnte deshalb mit Ruhe der weiteren Entwicklung der Dinge entgegensehen, er brauchte nicht in so empfindlicher Weise in wohlerworbene Rechte einzugreifen, wie dies bei Einführung des allgemeinen deutschen Handelsgesetzbuchs einzelnen Einführungsgesetzen notwendig erschien.[1]) Die Parteien können demnach ihre internen Verhältnisse regeln, wie sie

[18]) vgl. Urt. des Reichsger. in Jur. Wochenschr. 1903 Beil. S. 42, noch weitgehender Striethorst Archiv 53 S. 123.

[1]) vgl. Bayer. E. G. § 40, Württemb. E. G. § 58.

wollen, das Gesetz setzt ihnen dabei keine Schranke. Das neue H. G. B. giebt lediglich Vorschriften, die erst eintreten, wenn der Vertrag schweigt.

Diese dispositiven Regeln hat der Gesetzgeber keineswegs auf den zweiten Titel beschränkt, sie haben aus Zweckmässigkeitsgründen teilweise an anderer Stelle Platz gefunden. Dies gilt u. a. von den Vorschriften des § 127 (Recht der Gesellschafter einem Mitgesellschafter die Vertretungsmacht zu entziehen) § 138 (Bestimmung über das Ausscheiden eines Gesellschafters ohne Auflösung der Gesellschaft) § 140 (Recht auf Ausschliessung eines Gesellschafters). Auch diese Vorschriften beziehen sich lediglich auf das Verhältnis der Gesellschafter untereinander, bei ihnen findet, wie bei den Bestimmungen der §§ 109—122 H. G. B., keine Rückwirkung statt.

Infolge der ausgedehnten Anwendung des Art. 170 E B. G. B. bleiben somit im Gesellschaftsrecht die Regeln des alten Rechts im weitesten Masse in Geltung. Deshalb werden sich viele offene Handelsgesellschaften noch Jahre lang der Anwendung des alten Handels- und Civilrechts erfreuen. Jedoch ist bei der Beurteilung des Rechtsverhältnisses, sorgfältig darauf Bedacht zu nehmen, ob nicht eine der im § 4 besprochenen Veränderungen des Gesellschaftsverhältnisses vorliegt und infolgedessen neues Recht Anwendung findet. Dies gilt namentlich vom Ein- und Austritt eines Gesellschafters.[2])

Im Übrigen findet eine Einwirkung auf das interne Gesellschaftsverhältnis nur dann statt, wenn die unter neuem Recht eintretende Tatsachen sich nicht gleichsam als innere Entwicklung desselben darstellen, sondern nur von aussen

[2]) s. o. § 6 S. 55 ff.

an dasselbe herantreten und mit seiner konkreten Beschaffenheit nicht in einem bedingenden Zusammenhang stehen.[3]) In der Anwendung des neuen Rechts ist in solchen Fällen kein unzulässiger Eingriff in wohlerworbene Rechte zu erblicken, sondern nur die richtig verstandene Durchführung der Grundlehren der Rückwirkung.

Zu den hierher gehörigen Vorschriften zählt namentlich die Bestimmung, dass der Gesellschafter Gelder, die er unbefugt aus der Gesellschaftskasse entnimmt, zu verzinsen hat.[4]) Das durch die Entnahme enstehende Rechtsverhältnis beruht nicht auf dem Gesellschaftsvertrage, sondern auf der unerlaubten Handlung. Ebenso wie ein Gesellschafter haftet jeder Dritte, der unbefugt Geld entnimmt. Das Recht der Mitgesellschafter auf Verzinsung stellt sich nicht als aus dem Gesellschaftsvertrag erworben dar, es steht vielmehr mit demselben nur äusserlich im losen Zusammenhang. Daraus folgt, dass der Gesellschafter für die nach dem 1. Januar 1900 entnommenen Gelder nach neuem Recht haftet. Er hat also 5 % Zinsen zu zahlen.[5]) Als weitere Folge ergiebt sich hieraus, dass in diesem Falle § 111 Abs. 2 H. G. B. Anwendung findet.

Anders dagegen sind die übrigen Fälle des § 111 zu behandeln, die dem Gesellschafter, welcher seine Geldeinlage nicht rechtzeitig macht und angenommenes Geld nicht sofort abliefert, Zinspflicht auferlegen. Diese Tatsachen sind Folgen des Gesellschaftsverhältnisses. Die Einzahlung der Einlagen ist die Hauptgrundlage der offenen Handelsgesellschaft. Die Pflicht des Gesellschafters zur Einzahlung seines Anteils und Herausgabe vereinnahmter

[3]) vgl. Motive I S. 256, Reichsger. Bd. 53 S. 380.
[4]) § 111 H. G. B.
[5]) Lehmann b. Goldschm. 48 S. 98 Anm. 158, Lehmann-Ring S. 238.

Beträge ergiebt sich aus dem gesellschaftlichen Vertrauensverhältnis, sie steht mit dem Vertrage in bedingendem Zusammenhang. Derartige Fälle sind deshalb nach altem Recht zu beurteilen, selbst wenn die rechtsbegründende Tatsache erst nach dem 1. Januar 1900 eintritt.

Das Gleiche gilt für Ersatzansprüche des Gesellschafters wegen gemachter Aufwendungen und geleisteter Dienste. Das alte Recht (Art. 93 Abs. 3) schloss schlechthin jeden Anspruch auf Vergütung für Bemühungen des Gesellschafters beim Betrieb der Gesellschaftsgeschäfte aus. Diese Vorschrift hat das neue Gesetz, weil unzeitgemäß, fallen lassen. Nunmehr wird man einem Gesellschafter einer nach dem Inkrafttreten des neuen Rechts entstandenen Gesellschaft eine Vergütung für die Leistung aussergewöhnlicher, namentlich nicht kaufmännischer Dienste nicht versagen dürfen, während dieselbe einem Teilhaber einer alten Gesellschaft, selbst für die nach dem 1. Januar 1900 gemachten Aufwendungen, nicht zusteht; denn dieses Recht auf Vergütung ist eine Folge des Gesellschaftvertrages, es stellt sich als innere Entwickelung desselben dar. Es handelt sich also lediglich um eine interne Vorschrift, die so lange in Gültigkeit bleibt, wie der Gesellschaftsvertrag. Hierbei sei jedoch bemerkt, dass die Praxis des alten Rechts, trotz der entgegenstehenden Gesetzesvorschrift, einen Honoraranspruch für aussergewöhnliche Dienstleistungen eines Gesellschafters anerkannte.[6]) Da die Bestimmung des Art. 93 Abs. 3 des alten H. G. B. eine grosse Unbilligkeit enthält, dürfte es wohl angebracht sein, der entgegengesetzten milderen Praxis zu folgen und auch den Gesellschaftern alten Rechts die Vorteile des § 110 H. B. G. zukommen zu lassen. In diesem Falle liegt

[6]) Staub S. 359.

dann aber nicht etwa eine Rückwirkung des § 110 H. B. G. vor, sondern es handelt sich lediglich um die richtige Anwendung alten Rechts.

§ 9.

Einwirkung auf das Verhältnis der Gesellschafter zu Dritten.

Der Dritte tritt mit der offenen Handelsgesellschaft nur in Beziehungen, die sich nicht als innere Entwickelung des Gesellschaftsverhältnisses d. h. als Folgen des Gesellschaftsvertrages darstellen. Die durch sein Eingreifen hervorgebrachten Tatbestände sind auf selbständige Willensäusserungen seiner selbst oder der Gesellschafter bezw. der Vertreter der Gesellschaft zurückzuführen, mit andern Worten diese Tatsachen stellen sich nicht als durch das Gesellschaftsverhältnis erworbene Rechte dar, sie treten vielmehr nur von aussen an das Rechtsverhältnis heran. Alle diese Tatbestände sind deshalb als selbständige Rechtsverhältnisse dem Recht zur Zeit ihrer Entstehung zu unterstellen d. h. sie sind, falls diese unter neues Recht fällt, selbst dann nach neuem Recht zu beurteilen, wenn das Gesellschaftsverhältnis selbst dem alten Recht untersteht.[1]) Diese Regelung der Frage erscheint auch schon im Interesse der Rechtssicherheit und des Verkehrs geboten. Andernfalls würde der Dritte, der in Beziehungen zu einer Gesellschaft tritt, in jedem Falle prüfen müssen, ob er es mit einer Gesellschaft alten oder neuen Rechts zu tun hat. Es ist demnach auf alle

[1]) Ein Teil der Einf. Ges. zum alten H. G. B. hielt es für nötig, diesen allgemeinen Grundgedanken besonders zu formulieren und das Prinzip dahin zu überspannen, dass sie selbst bei alten Rechtsverhältnissen das zwingende neue Recht sofort Platz greifen liessen. vgl. Bay. Einf. Ges. §§ 38, 40.

Rechtsbeziehungen, die nach dem 1. Januar 1900 zwischen einer offenen Handelsgesellschaft und einem Dritten angeknüpft werden, neues Recht anzuwenden. Insbesondere finden die Vorschriften über die Schuldenhaftung und die Vertretungsmacht auf alle die Geschäfte, die nach dem 1. Januar 1900 abgeschlossen sind oder werden, Anwendung.[2])

Bei der Beurteilung der Vertretungsverhältnisse ist aber in jedem Falle besonders darauf Rücksicht zu nehmen, dass den meisten dieser Vorschriften zwingender Charakter nicht innewohnt, dass sie also abgeändert werden können. Solche Abänderungen muss der Dritte gegen sich gelten lassen, sobald sie in das Handelsregister eingetragen sind. Dies gilt auch für Beschränkungen, die vor Eintritt des neuen Rechts eingetragen sind.

Die nach § 125 Abs. 2 u. 3 H. G. B. statthafte Ausdehnung der Vertretungsmacht, welche dem alten Recht fremd war, erscheint auch bei den vor dem 1. Januar 1900 begründeten offenen Handelsgesellschaften zulässig. Denn es handelt sich hier um Rechtssätze, die nicht so sehr das Verhältnis der Gesellschafter unter einander, als das zu Dritten betreffen.

Die nach neuem Recht zulässige Beschränkung der Vertretungsmacht[3]) auf nur eine von mehreren Niederlassungen, falls dieselbe eine andere Firma als das Hauptgeschäft führt, war dem alten Recht gleichfalls unbekannt. Soll die Beschränkung auf alte Gesellschaften, für die sie im internen Verhältnis bereits galt, Anwendung finden, so

[2]) so auch Lehmann b. Goldschmidt 48 S. 104 ff., Staub S. 394, Cosack Lehrbuch des Handelsrechts S. 769, Niedner S. 325, Habicht S. 300, Affolter S. 324, Hofmann bei Gruchot XI S. 467, Rechtspr. der O. L. G. IV S. 200.

[3]) § 126 Abs. 3, § 50, Abs 3 H. G. B.

muss sie nach dem 1. Januar 1900 besonders zum Ausdruck gebracht werden. Galt sie unter altem Recht nach innen nicht, so stellt sich die nachträgliche Einführung als neue Willenseinigung der Gesellschafter dar, d. h. es kommt ein neuer Gesellschaftsvertrag zustande, der ganz dem neuen Recht zu unterstellen ist.

Wichtiger als diese letzte Bestimmung erscheint uns die Vorschrift des § 127 des neuen H. G. B. Die dort zugelassene Entziehung der Vertretungsmacht gab es nach altem Recht nicht. Dieses Recht der übrigen Gesellschafter beruht auf dem Verhältnis der Gesellschafter zu einander, es steht mit dem Gesellschaftsvertrage in bedingendem Zusammenhang, ist also ein Ausfluss der aus dem Vertrage erworbenen Rechte. Eine Rückbeziehung ist infolge dessen nicht statthaft; so lange die Gesellschaft dem alten Recht untersteht, bleibt die Bestimmung ausser Anwendung.[4])

Noch durchgreifender als bei der Vertretungsmacht, ist die Einwirkung des neuen Rechts auf die Schuldenhaftung. Diese Vorschriften des neuen Rechts haben durchweg zwingenden Charakter. Jede Beschränkung der Haftung bei einer offenen Handelsgesellschaft ist unzulässig und verstösst gegen das Grundprinzip des Gesellschaftsbegriffes. Es findet deshalb bei allen Schuldverhältnissen, die nach dem 1. Januar 1900 zwischen einer offenen Handelsgesellschaft und einem Dritten entstanden sind oder entstehen, neues Recht Anwendung. Dagegen unterstehen die vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Schuldverhältnisse dem alten Recht, und dies auch dann, wenn nur die Einigung der Parteien vor Eintritt des neuen

[4]) Lehmann a. a O. S. 58.

Rechts erfolgte, während die Wirksamkeit des Vertrages, die Erfüllung des Geschäfts unter der Herrschaft des neuen Rechts vor sich geht.[5]) Dies ist namentlich bei bedingten und gefristeten Geschäften der Fall.

Da die Schuldenhaftung im Wesentlichen nach altem und neuem Recht übereinstimmt, ergeben sich für die Übergangszeit nur geringe Schwierigkeiten. Diese sind da zu verzeichnen, wo die beiden Gesetze von einander abweichen, was in § 129 Abs. 2 u. 3 H. G. B. der Fall ist. Nach altem Recht war der einzelne Gesellschafter, der von einem Gesellschaftsgläubiger belangt wurde, kraft eigenen Rechts berechtigt, gegen eine fällige Gesellschaftsforderung aufzurechnen und ein Geschäft, welches zwischen der Gesellschaft und einem Gläubiger geschlossen war, anzufechten.[6]) Das neue Recht giebt dem Gesellschafter in beiden Fällen nur das Recht, „die Leistung zu verweigern." Das Anfechtungs- und Aufrechnungsrecht des Gesellschafters ist eine Folge des Gesellschaftsvertrages, es ist ein wohlerworbenes Recht des einzelnen Gesellschafters. Den Ausführungen Lehmann's[7]) folgend, möchten wir in diesem Falle nicht nur auf alle vor dem 1. Januar 1900 begründeten Schuldverhältnisse, selbst wenn die Forderungen erst nach diesem Tage geltend gemacht werden, altes Recht zur Anwendung bringen, sondern eine Aufrechnung selbst dann noch für zulässig erachten, wenn die Gesellschaftsforderung erst unter neuem Recht entstanden ist.[8])

[5]) vgl. Entsch. des R. G. in Jur. Wochenschr. 1901 S. 380.

[6]) vgl. Litthauer Anm z. Art. 123.

[7]) Lehmann a. a. O. S. 39, 99, 109, ähnlich Habicht S. 194, Entsch. R. O. H. Bd. 13 S. 66, Reichsger. in Jur. Wochenschr. 1902 S. 68.

[8]) vgl. Rechtspr. der O. L. G. I S. 139, Reichsger. in Jur. Wochenschr. 1902 S. 68.

Sinkt eine offene Handelsgesellschaft durch Änderung der Gesetzgebung mit dem 1. Januar 1900 zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts herab, so ist es für das Verhältnis zu Dritten entscheidend, ob sie im Handelsregister eingetragen ist oder nicht. Ist sie nicht eingetragen, so greift bei allen unter neuem Recht entstandenen Rechtsverhältnissen das Bürgerliche Gesetzbuch Platz, nach dessen Regeln sich insbesondere sowohl der Umfang der Vertretungsmacht, wie die Schuldenhaftung bestimmen. Ist die Gesellschaft dagegen zur Eintragung gelangt, so gelten im Verhältnis zu Dritten die Vorschriften des neuen Handelsgesetzbuchs, da in diesem Falle die Präsumtion des § 5 H. G. B. Anwendung findet.[9]) Dies gilt aber nur im Verhältnis zu Dritten, im Verhältnis der Gesellschafter zu einander greift ohne Weiteres seit dem 1. Januar 1900 bürgerliches Recht durch, sofern nicht der Gesellschaftsvertrag etwas anderes bestimmt. Dieselben Regeln gelten in analoger Weise, wenn umgekehrt eine Gesellschaft, die bisher dem bürgerlichen Recht unterstand, unter neuem Recht nach den Vorschriften des Handelsgesetzbuchs zu beurteilen ist.

§. 10.

Auflösung der Gesellschaft.

Während in der Übergangszeit bei Rechtsverhältnissen der Gesellschafter untereinander regelmässig altes Recht und im Verhältnis zu Dritten grundsätzlich neues Recht zur Anwendung zu bringen ist, lässt sich für den vierten Titel eine derartige grundlegende Entscheidung nicht treffen. Es bedarf vielmehr jede einzelne Vorschrift dieses Abschnitts der Prüfung, ob sie auf alte Gesellschaften anzuwenden

[9]) a. A. Cosacks Handelsrecht S. 767, dagegen o. S. 65.

ist oder nicht. Im Allgemeinen sind dabei die im § 6[1]) dargelegten Grundsätze zu beachten. Es sei deshalb hier nur auf die für die Übergangszeit besonders wichtigen Einzelbestimmungen eingegangen.[2]) Im Wesentlichen stimmen die im neuen H. G. B. § 131 aufgeführten Auflösungsgründe mit denen des alten Rechts überein. Abweichend geregelt sind nur die Auflösung infolge Entmündigung und durch Richterspruch. Diese Fälle sind deshalb für das intertemporale Recht von besonderer Bedeutung.

Bevor wir jedoch hierauf eingehen, sei noch daran erinnert, dass ausser den im Gesetz ausdrücklich genannten Fällen, bei einigen offenen Handelsgesellschaften eine Auflösung durch den Eintritt des neuen Rechts bedingt war. Es sind dies die Fälle, in denen das neue Gesetz offenen Handelsgesellschaften alten Rechts die Qualifikation als solche abgesprochen hat. Hier ist die Auflösung am 1. Januar 1900 eingetreten, die Gesellschaften sind von da ab dem B. G. B. zu unterstellen, dessen Bestimmungen nunmehr in allen Beziehungen maßgeblich sind.[3]) Bei Auslegung des Gesellschaftsvertrages wird man aber jedenfalls, soweit dies angängig ist, dem Parteiwillen Rechnung tragen müssen. Es ist anzunehmen, dass die Gesellschafter, meist wohl stillschweigend, die Gesellschaft der früheren Handelsgesellschaft ähnlich gestalten und die Vorschriften des Handelsrechts analog zur Anwendung bringen wollen. Dies ist naturgemäss nur bei Vorschriften dispositiven Charakters statthaft, an der vom Gesetzgeber

[1]) s. o. S. 51 ff.

[2]) im vorliegendem Abschnitt soll nur eine Erörterung der §§ 131—137 erfolgen, während die Beurteilung der durch das Ausscheiden eines Gesellschafters entstehenden Aenderungen des Gesellschaftsverhältnisses § 11 unserer Arbeit vorbehalten bleibt.

[3]) vgl. jedoch oben § 9 S. 79.

aufgerichteten Schranke muss der Parteiwille halt machen, absolutes Recht können die Parteien nicht abändern.

Noch auf einen weiteren Unterschied zwischen dem alten und neuen Recht sei an dieser Stelle hingewiesen. Nach altem Recht wurde eine Gesellschaft durch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit eines Gesellschafters zur selbständigen Vermögensverwaltung aufgelöst. Das neue Recht kennt diesen Grund nicht mehr. Lehmann[1]) will für die unter altem Recht entstandenen Gesellschaften diesen Grund zur Auflösung weiter zulassen. Darin stimmen wir ihm bei. Auch erscheint es uns statthaft, dass die Gesellschafter mit dem gesetzlichen Vertreter des Entmündigten die Fortführung der Gesellschaft vereinbaren. In einer solchen Vereinbarung ist aber u. E. der Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages zu erblicken, da die alte Gesellschaft im Augenblick der Entmündigung aufgelöst wird. (Art. 123 Nr. 3 allg. deutsch. H. G. B.) Die mit dem gesetzlichen Vertreter nachträglich fortgesetzte Gesellschaft untersteht deshalb dem neuen Recht, sofern unter seiner Herrschaft die Einigung erfolgte.

Wenden wir uns nunmehr der Auflösung durch Richterspruch zu. Nach den Vorschriften des alten Rechts konnte ein Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft ohne Kündigung verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorlag. § 133 des neuen H. G. B. bestimmt, dass in solchem Falle die Auflösung auf Antrag durch gerichtliche Entscheidung ausgesprochen werden kann. Nach altem Recht war es streitig, ob dem die Auflösung aussprechenden Erkenntnis konstitutive oder deklaratorische Wirkung inne-

---

[1]) Lehmann-Ring S. 287.

wohne. Die herrschende Meinung[5]) war gegen Staub[6]) letzterer Ansicht. Das neue Gesetz hat den Streit durch die Fassung des § 133 erledigt und dem Urteil konstitutive Wirkung beigelegt. Da es sich um Rechte handelt, die dem Gesellschafter auf Grund des Gesellschaftsvertrages zustehen, behält das alte Recht bei vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Gesellschaften seine Wirksamkeit. Folgt man der herrschenden Meinung, so muss man deshalb dem die Auflösung aussprechenden Urteil auch nach dem 1. Januar 1900 deklaratorische Wirkung beilegen, während es im andern Falle, wie nach neuem Recht ex nunc wirkt.[7]) Im Interesse einer einheitlichen Rechtsprechung wird man leicht geneigt sein, die letztere Auffassung auch schon für das alte Recht als rechtsbeständig anzusehen und infolgedessen dem Urteil stets konstitutive Wirkung zuzuerkennen.

Weitaus am meisten wird eine offene Handelsgesellschaft durch Kündigung aufgelöst. Die Kündigung stellt sich als innere Entwicklung des obligatorischen Verhältnisses dar, das Recht eines Gesellschafters zu kündigen beruht auf dem Gesellschaftsvertrage. Soweit die Kündigung jedoch als selbstständiges Rechtsgeschäft in Betracht kommt,[8]) tritt neues Recht ein.[9]) „Dieses hat," wie Lehmann[10]) ausführt, „über die Form, über die Fähigkeit des rechtsgeschäftlich Tätigen, über die Person und

[5]) Behrend § 78 Anm. 12, Hahn § 5 Entsch. d. B. O. H. Bd. 12 S. 98.

[6]) Staub 5. Aufl. Art 125 § 3.

[7]) so auch Lehmann-Ring S. 293.

[8]) dass sie ein solches ist, nehmen wir gegen Affolter an, s. o. S. 32 ff.

[9]) s. Lehmann b. Goldschmidt 48 S. 106, Niedner a. a. O. S. 328, Staub a. a. O. S. 434.

[10]) a. a. O. S. 106.

passive Fähigkeit des Adressaten und seiner Vertreter . . ". zu entscheiden." Es untersteht also die Kündigung hinsichtlich ihrer Form dem neuen, hinsichtlich ihrer Wirkungen dem alten Recht.

Eine Gesellschaft kann sowohl durch einen Gesellschafter als auch durch den Privatgläubiger eines solchen gekündigt werden. Im letzteren Falle hat der Gesetzgeber einem Dritten die Möglichkeit gegeben, bestimmend in die Gesellschaftsschicksale einzugreifen. Der Grund liegt darin, dass das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff des Dritten entzogen ist. Durch die Ausübung des Kündigungsrechts seitens des Privatgläubigers wird ein Rechtsverhältnis zwischen diesem und der Gesellschaft geschaffen. Das Recht des Dritten beruht aber nicht auf dem Gesellschaftsvertrage, sondern es ist lediglich durch die Nichtzahlung der persönlichen Schuld seitens des Gesellschafters entstanden; das Rechtsverhältnis tritt demnach nur von aussen an das Gesellschaftsverhältnis heran. Infolgedessen findet § 135 H. G. B. auch auf die Gesellschaften alten Rechts Anwendung.[11]) Dies gilt aber nur soweit, als der Zeitpunkt der Entstehung des Rechtsverhältnisses bereits unter neues Recht fällt. Dadurch, dass die Forderung des Gläubigers bereits vor 1900 entstanden ist, hat er allein noch kein wohlerworbenes Recht auf Kündigung erlangt. Dieses steht ihm erst zu, wenn er die Zwangsvollstreckung fruchtlos betrieben hat. Nach altem Recht musste dieselbe in das bewegliche und unbewegliche Vermögen schlechthin erfolgt sein, gleichgültig innerhalb welcher Frist. Das neue Recht ändert dies, es verlangt, dass die Exekution innerhalb der letzten sechs Monate fruchtlos erfolgt, dann genügt es

[11]) Lehmann a. a. O. S. 104, Staub S. 440, Habicht S. 314 Anm. 2, a. A. Affolter S. 324.

aber, dass sie in das bewegliche Vermögen vorgenommen wurde. Diesen Voraussetzungen muss genügt werden, um das Kündigungsrecht des Gläubigers unter der jeweiligen Rechtsordnung zu einem erworbenen zu machen. Hat also ein Gläubiger etwa im Jahre 1898 die Zwangsvollstreckung erfolglos betrieben, so ist ihm damit ein Kündigungsrecht erstanden, dessen Ausübung man ihm auch nach dem Eintritt des neuen Rechts wird zugestehen müssen, unbeschadet der von diesem geforderten sechsmonatlichen Frist; andrerseits muss die Exekution, dem damaligen Recht entsprechend, im Jahre 1898 sowohl in das bewegliche, wie in das unbewegliche Vermögen des Schuldners erfolgt sein, die Zwangsvollstreckung allein in das bewegliche Vermögen genügt hier nicht.

Eine weitere Schwierigkeit bei Anwendung der Kündigungsvorschriften in der Übergangszeit ergiebt sich, wenn familienrechtliche Gesichtspunkte mit in Frage kommen. Laut § 1358 B. G. B. steht dem Ehemann, falls seine Frau sich zu Leistungen persönlicher Art verpflichtet hat, das Recht zu, mit Ermächtigung des Vormundschaftsgerichts das Vertragsverhältnis ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen. Das Kündigungsrecht des Ehemanns ist jedoch ausgeschlossen, wenn er der Verpflichtungsübernahme durch die Frau zugestimmt hat. Diese Vorschriften können auch auf offene Handelsgesellschaften Anwendung finden, wenn sich nämlich die Ehefrau zur Leistung von Diensten persönlicher Art verpflichtet hat. Das alte Recht ging noch weiter. Ein Kündigungsrecht des Ehemanns war ihm fremd, hingegen beschränkte Art. 7 des alten Handelsgesetzbuchs die Frau allgemein in der Geschäftsfähigkeit, indem er bestimmte: „Eine Ehefrau kann ohne Einwilligung ihres Ehemannes nicht

Handelsfrau sein." Diese Vorschrift ist durch § 1399 B. G. B. welcher der Ehefrau die uneingeschränkte Fähigkeit sich durch Rechtsgeschäfte zu verpflichten zuerkennt, beseitigt. Es erscheint fraglich, wie weit diese Bestimmung auch für die vor 1900 entstandenen Rechtsverhältnisse gilt. Ein näheres Eingehen auf diese Streitfrage müssen wir uns im Rahmen unserer Arbeit versagen. Wir stimmen den Ausführungen Lehmann's[12]) zu, der zu folgendem Resultat kommt: „Vielmehr wird man sagen müssen, dass, soweit also nach dem massgebenden alten Recht eheliches Mundium herrscht (so im preuss. und franz. Recht) er — nämlich Art. 7 des alten H. G. B. — gemäß Art. 200 Abs. 3 des Einf. Ges. zum B. G. B. solange in Kraft bleibt, als der bisherige Güterstand besteht; denn andernfalls würde die Frau in der Lage sein, dadurch, dass sie sich einseitig zur Handelsfrau macht, die Wirkungen des alten Güterrechts erheblich zu modifizieren. Soweit dagegen das maßgebende alte Recht, die Geschäftsfähigkeit der Frau nicht negierte, wie das römische Recht, verliert Art. 7 mit dem 1. Januar 1900 seine Kraft."[13]) Behält demnach der Mann das Mundium, so hat er, so lange das Güterrechtsverhältnis besteht, auch nach dem 1. Januar 1900 noch die Genehmigung zur Leistung persönlicher Dienste zu erteilen, auch kann er die gegebene Erlaubnis jederzeit frei widerrufen, andernfalls steht ihm auch bei Gesellschaften alten Rechts nur das Kündigungsrecht des § 1358 B. G. B. zu.

Einer Erörterung bedürfen an dieser Stelle ferner noch die für eine Gesellschaft auf Lebenszeit gegebenen Auflösungsgründe. Gemäß § 134 H. G. B. steht eine solche

[12]) Lehmann b. Goldschmidt 48 S. 47 ff., a. A. Staub S. 37/38.
[13]) ähnlich Goldmann S. 9.

Gesellschaft hinsichtlich des Kündigungsrechts und des Rechts, die Auflösung durch Richterspruch zu verlangen, einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft gleich. Eine Bindung auf Lebenszeit ist an sich statthaft; der Gesetzgeber hat aber, wie aus der angegebenen Vorschrift erhellt, zu ihrer strengen Durchführung seinen Arm nicht leihen wollen. Er mag sich dabei von der Erwägung haben leiten lassen, dass eine Gesellschaft auf Lebenszeit vielfach eine Ausbeutung des wirtschaftlich Schwachen durch den Kapitalkräftigen darstellt und für ersteren oft eine auf Not und Unbesonnenheit zurückzuführende Beschränkung der wirtschaftlichen Freiheit bedeutet. Diese Schärfe wird durch die Schutzvorschrift des § 134 gemildert. Die Bestimmung trägt also öffentlich rechtlichen, sozialen Charakter. Sie will den Einzelnen vor wirtschaftlicher Knebelung schützen und ihm behülflich sein, die Fesseln, die er sich durch Bindung auf Lebenszeit angelegt hat, zu lösen. Die Vorschrift ist daher auch auf vor dem 1. Januar 1900 bereits entstandene offene Handelsgesellschaften anzuwenden.[14]) Hierbei ist jedoch zu beachten, das die alten Gesellschaften auf Lebenszeit nur mit Bezug auf § 134 des neuen H. G. B. dem neuen Gesetz unterstellt werden, im übrigen bleibt für sie altes Recht in Geltung.

Etwas anderes ist es jedoch, wenn eine ursprünglich auf bestimmte Zeit eingegangene offene Handelsgesellschaft, bei welcher der Endtermin nach dem 1. Januar 1900 fällt, nachträglich in eine Gesellschaft auf Lebenszeit umgewandelt wird. Im Zweifel wird man einem derartigen Vertrage erst Wirkung vom Endtermin der alten Gesell-

[14]) vgl. Lehmann-Ring S. 293, Staub S. 437.

schaft beilegen können.[15]) Ist die Einigung der Parteien unter altem Recht erfolgt, so bleibt auch nach dem zuerst in Aussicht genommenen Endtermin altes Recht bei Bestand, findet die neue Abrede erst nach dem 1. Januar 1900 statt, so gilt von dem Zeitpunkt, wo die auf bestimmte Zeit geschlossene Gesellschaft endet, neues Recht. Ist die alte Gesellschaft auf unbestimmte Zeit eingegangen, so ist der Moment des neuen Vertragsschlusses maßgebend.

§ 11.

Ausscheiden eines Gesellschafters.

Sowohl das alte, wie das neue Recht gewähren den Gesellschaftern die Möglichkeit in einzelnen Fällen einer Auflösung der Gesellschaft vorzubeugen. Sie können vereinbaren, dass die Gesellschaft trotz Ausscheidens eines Mitgliedes fortgesetzt werden soll. Für die Beurteilung des Gesellschaftsverhältnisses in der Übergangszeit ist eine derartige Abrede nur wenig von Belang, da für die Frage, welches Recht anzuwenden ist, lediglich das interne Verhältnis ausschlaggebend ist. Hier hat aber das Ausscheiden eines Gesellschafters stets eine wesentliche Verschiebung der Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses zur Folge. In jedem Falle wandelt sich, ebenso wie beim Eintritt eines neuen Gesellschafters, das alte Schuldverhältnis in ein neues um. Die Gründe, welche für die Annahme eines neuen Gesellschaftsvertrages beim Eintritt eines Gesellschafters in eine bestehende Gesellschaft sprechen,[1]) sind im wesentlichen auch hier maßgebend; sie führen dazu, dass man auch in der Fortsetzung nach dem Ausscheiden

[15]) R. O. H. 13 S. 418.

[1]) s. oben S. 58 ff.

eines Gesellschafters eine Neubegründung des Schuldverhältnisses sehen muss, und zwar dies selbst dann, wenn an Stelle des ausscheidenden sofort ein anderer Gesellschafter tritt.[2]) Es sei hier nur kurz auf die Fortsetzung durch Erben hingewiesen. Der Erbe, der mit den alten Gesellschaftern die offene Handesgesellschaft fortsetzt, haftet den Gesellschaftsgläubigern nicht nur mit seinem Erbteil, sondern mit seinem gesammten persönlichen Vermögen, ein Umstand, der doch zweifellos für die weitere Existenz der Gesellschaft von weittragendster Bedeutung ist und die vermögensrechtlichen Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses wesentlich verschiebt.

Hieraus ergiebt sich, dass die „Fortsetzung" einer offenen Handelsgesellschaft lediglich dazu dienen soll, die Verhältnisse nach aussen leichter zu realisieren und Stockungen und Unsicherheiten im Rechtsverkehr zu beseitigen. Für die Beurteilung der inneren rechtlichen Struktur des Gesellschaftsverhältnisses, insbesondere für die Frage, ob altes oder neues Recht anzuwenden ist, kommen diese Vorschriften nicht in Betracht. Hierauf hat besonders Lehmann in seinen Ausführungen deutlich hingewiesen. Er erklärt: „Nicht beirren darf, dass das H. G. B. den Fortbestand der Handelsgesellschaft vom Ein- und Austritt von Socii unabhängig gestaltet; denn das interne Schuldverhältnis, auf das es hier ankommt, wird durch den Hinzutritt oder den Fortgang eines Socius umgestaltet, nach Innen liegt ein neues Schuldverhältnis vor."[3])

Die Grundlage der Gesellschaft bildet immer der Gesellschaftsvertrag, die Einigung der Parteien. Diese ist für die intertemporale Beurteilung des Gesellschaftsver-

[2]) vgl. Entsch. d. Reichsger. in Jur. Wochenschr. 1900 S. 845.
[3]) Lehmann b. Goldschm. 48. S. 88.

hältnisses allein maßgebend. Haben die Gesellschafter schon bei Errichtung der Gesellschaft die Fortsetzung gemäß § 138 H. G. B. beschlossen, so besteht neben der ersten Gesellschaftsgründung noch ein zweiter bedingter Vertrag, der eine neue zweite Gesellschaft auf der Grundlage der ersten vorsieht, die zur Wirksamkeit gelangt, sobald der Auflösungsgrund eintritt. Ist dieser Vertrag unter altem Recht geschlossen, so muss man, was Habicht[4]) gegenüber zuzugeben ist, die neue „fortgesetzte" Gesellschaft nach altem Recht beurteilen, mag auch die Fortsetzung erst nach dem 1. Januar 1900 eintreten. Daraus folgt aber noch nicht, wie Habicht weiter unzutreffend aus einer Ausführung Lehmann's, der diesen Fall gar nicht im Auge hat, folgert, dass allgemein jede Fortsetzung des alten Gesellschaftsverhältnisses nach Ausscheiden eines Genossen dem Recht zur Zeit der Begründung der Gesellschaft untersteht. In den weitaus meisten Fällen werden die Gesellschafter erst zu der Frage der Fortsetzung Stellung nehmen, wenn dieselbe akut geworden ist, d. h. wenn die Gesellschaft der Auflösung zu verfallen droht. Einigen sie sich erst dann über die Fortsetzung, so steht dies dem Abschlusse eines neuen Gesellschaftsvertrages gleich, der dem Recht zur Zeit seines Abschlusses zu unterstellen ist.

Ähnlich verhält es sich mit Stellung eines Erben eines Gesellschafters. Die eigenartige rechtliche Konstruktion der Gesellschaft und das höchstpersönliche Verhältnis der Gesellschafter zu einander, schliesst hier eine ipso jure Fortsetzung der Persönlichkeit durch den Erben aus. Die Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis gehen nicht un-

---

[4]) Habicht a. a. O. S. 311 Anm. 3.

verändert auf den Erben über,[5]) selbst wenn im Gesellschaftsvertrage die Fortsetzung mit dem Erben vorgesehen ist. Es ist vielmehr zunächst, wie aus § 139 H. G. B. deutlich hervorgeht, eine Einigung zwischen den bisherigen Gesellschaftern und dem Erben nötig. Die Gesellschafter sind allerdings durch den alten Gesellschaftsvertrag gebunden. Diese Bindung ist aber nur einseitig, denn dem Erben steht es frei, Gesellschafter zu werden, d. h. die Offerte der übrigen Gesellschafter auf Abschluss eines neuen Gesellschaftsvertrages anzunehmen oder auf sein Erbrecht zu verzichten. Das neue Recht giebt ihm in § 139 H. G. B. sogar noch die dritte Möglichkeit, die Umwandlung der offenen Handelsgesellschaft in eine Kommanditgesellschaft herbeizuführen und mit seinem Erbteil die Einräumung einer Stellung als Kommanditist zu verlangen..[6])

Hieraus folgt zur Genüge, dass im internen Verhältnis bei der Fortsetzung einer offenen Handelsgesellschaft, eine Umgestaltung des Schuldverhältnisses vor sich geht. Infolgedessen ist auch in allen den Fällen neues Recht anzuwenden, in denen die Erben auf Grund des ursprünglichen Gesellschaftsvertrages die Gesellschaft fortsetzen, sofern der Tod des Erblassers und die neue Einigung nach dem 1. Januar 1900 eintritt.

Die Tendenz der Vorschrift des § 139 H. G. B. an sich ist bestritten. Von Bedeutung wird sie dadurch, dass das neue Recht dem Gesellschafter die Möglichkeit giebt, die persönliche Haftung bei der Fortsetzung der Gesellschaft auszuschliessen und die Stellung eines Kommanditisten, mit Haftung in Höhe des Gewinnanteils seines

[5]) es sei nur auf die oben S. 88 bereits erwähnte erweiterte Haftung hingewiesen.

[6]) vgl. Jur. Wochensch. 1900 S. 566.

Erblassers, zu erlangen, während das alte Recht ihm nur gestattete, entweder mit persönlicher Haftung fortzusetzen oder der ganzen Erbschaft zu entsagen. Staub[7]) will der Regel des § 139 des neuen H. G. B. aus allgemeinen Gründen sozialpolitischer Natur rückwirkende Kraft beilegen und sie auch dann zur Anwendung bringen, wenn der Todesfall vor dem 1. Januar 1900 erfolgt ist, falls die dreimonatliche Frist des § 139 Abs. 2 H. G. B. noch läuft. Dem wird u. E. mit Recht von Lehmann[8]) widersprochen, welcher der Vorschrift erbrechtliche Wirkung beilegt, und Art. 213 zur Anwendung bringt, wonach wohlerworbene Erbrechte zu schonen sind. Er weist auf das unbefriedigende Resultat der Staub'schen Auffassung, insbesondere der zuletzt erwähnten Konsequenz hin, die der Absicht des Gesetzes offenbar widerstreite, welches von der durch das B. G. B. statuirten Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten ausgehe.

Wie schon das alte H. G. B. in Art. 132, giebt auch das neue Gesetz den Gesellschaftern einer offenen Handelsgesellschaft das Recht, (im externen Verhältnis) statt Auflösung die Fortsetzung der Gesellschaft unter Ausschliessung eines Mitgliedes herbeizuführen, wenn in dessen Person ein wichtiger Grund, der zur Herbeiführung der Auflösung durch Richterspruch würde führen können, vorliegt. Das neue H. G. B. hat in § 141 Absatz 2 die Rechte der übrigen Gesellschafter noch erweitert, indem es ihnen auch im Falle der Konkurseröffnung über das Vermögen eines Gesellschafters, dessen Exklusion und die Fortsetzung der Gesellschaft anheimstellt. Da diese Rechte den Gesellschaftern nur auf Grund des Gesellschaftsver-

[7]) Staub S. 453.
[8]) Lehmann a. a. O. S. 81—83.

trages zustehen, findet keine Rückwirkung statt.[9]) Fällt also ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft alten Rechts nach dem 1. Januar 1900 in Konkurs, so tritt in jedem Falle Auflösung der Gesellschaft ein, eine andere Entschliessung der übrigen Gesellschafter ist, da dem alten Rechte unbekannt, ungültig.

Das neue Recht giebt den Gesellschaftern in § 144 H. G. B. die Möglichkeit eine durch Konkurs aufgelöste Gesellschaft nachträglich wieder fortzusetzen, sofern der Konkurs nicht mit der Ausschüttung der Masse endigt, sondern infolge Zwangsvergleichs oder auf Antrag eines Gläubigers aufgehoben wird. Trifft dies bei einer vor dem 1. Januar 1900 in Konkurs geratenen Gesellschaft zu, d. h., wird das Verfahren nach diesem Termin beendet, so findet die Vorschrift Anwendung, die alte Gesellschaft kann fortgesetzt werden. Gerade dieser Fall zeigt deutlich, dass der Begriff der „Fortsetzung" nur für das externe Gesellschaftsverhältnis aus technischen und wirtschaftlichen Gründen geprägt ist. Vom abstrakt logischen Standpunkt erscheint eine „Fortsetzung" unmöglich, denn mit der Konkurseröffnung wird die alte Gesellschaft aufgelöst, sie verliert ihre rechtliche Existenz. Wenn trotzdem ein Wiederaufleben derselben auf der alten Grundlage fingiert wird, so handelt es sich eben um eine Neugründung, die aus Verkehrsrücksichten im Kleide der alten Gesellschaft erscheint, nach innen liegt ein neues Schuldverhältnis vor.[10])

[9]) so auch Lehmann S. 99, Affolter S. 324 a. A., Habicht S. 314 Anm. 2.

[10]) vgl. Motive z. B. G. B III S. 630.

§ 12.

Liquidation der Gesellschaft.

Sofern die Gesellschafter nicht eine andere Art der Auseinandersetzung vereinbart haben, oder der Gesellschaftskonkurs ausgebrochen ist, tritt laut § 146 H. G. B. „nach Auflösung" der Gesellschaft die Liquidation ein.

Gierke und mit ihm Cosack[1]) sehen in der Liquidation ein „Nachleben der Gesellschaft" die fortbesteht und nur ihren rechtlichen Charakter geändert hat. Andere, wie Makower[2]) sind der Ansicht, dass die Gesellschaft streng genommen mit dem Moment der Auflösung aufhöre zu existieren. Aus praktischen Gründen halten sie es aber für notwendig bis zur tatsächlichen Auseinandersetzung die Fortdauer der Gesellschaft zu fingieren.[3]) Die herrschende Meinung erklärt mit Staub[4]) die Liquidationsgesellschaft für eine communio, „eine Gesellschaft sui generis, ein Liquidations- oder Abwickelungsgeschäft", das sich nur mit der Auseinandersetzung befasst und im Gegensatz zur Handelsgesellschaft nicht mehr produktiv ist. Ähnlich lauten die Definitionen, welche v. Hahn, Gareis und Lehmann[5]) geben. Besonders ist Lehmann's Hinweis darauf, dass an der Liquidation nicht nur die Gesellschafter, sondern auch die Gläubiger, Konkursverwalter, Erben eines Gesellschafters teilnehmen, für die Auffassung der Liquidationsgesellschaft als neues Schuldverhältnis von Bedeutung.

[1]) Gierke a. a. O. S. 884, Cosack Handelsrecht S. 560.

[2]) Makower Das allg. deutsche H. G. B. S. 241.

[3]) vgl. Hofmann b. Gruchot XI S. 471.

[4]) Staub a. a. O. S. 471.

[5]) von Hahn Kommentar S. 573, Gareis Lehrbuch des Handelsrechts S. 195, Lehmann b. Goldschmidt 48 S. 60.

Wir halten die letztgenannte Ansicht für die richtige und schliessen uns ihr an. Als Folge ergiebt sich, dass wir auf alle Liquidationsverfahren, die nach dem 1. Januar 1900 begonnen haben bezw. noch beginnen, neues Recht angewendet wissen wollen. Hierbei ist jedoch zu bemerken, dass durch die Liquidation nicht jeder Zusammenhang mit der aufgelösten Gesellschaft aufgehoben wird. Der Gesellschaftsvertrag erstreckt, soweit ihm nicht materiellrechtliche Hindernisse entgegen stehen, seine Folgen auch auf die Liquidationsgemeinschaft; insoweit bleibt der alte Gesellschaftsvertrag und das alte Recht zu berücksichtigen.

Zu demselben Ergebnis kommt man, wie Lehmann ausführt,[6]) auch von dem entgegengesetzten Standpunkt. Fasst man mit Cosack die Liquidationsgesellschaft als Fortsetzung der alten Gesellschaft auf, so stellt sie ein Beendigungsgeschäft dar, das lediglich auf die Erfüllung bestehender Schuldverbindlichkeiten, sei es nach aussen, sei es im Verhältnis zu den einzelnen Gesellschaftern gerichtet ist. Nach den Motiven zum E. B. G. B. ist ein solches Geschäft aber in seinem Einfluss auf das Schuldverhältnis nach neuem Recht zu beurteilen.[7]) Dies gilt namentlich hinsichtlich der Form und der Voraussetzungen und Wirkungen des Erfüllungsgeschäfts.[8])

Was die einzelnen Vorschriften angeht, so folgt aus dem Gesagten, dass im Allgemeinen auf jede nach dem 1. Januar 1900 eintretende Liquidation das neue Recht zur Anwendung zu bringen ist. Das Verfahren richtet sich stets nach neuem Recht. Dies hat auch für die bereits vor

[6]) Lehmann a. a. O. S. 102.

[7]) Motive Band I S. 256.

[8]) vgl. Urt. des Reichsger. in Jur. Wochensch. 1901 S. 182 und J. W. 1903 Beil. S. 45.

dem 1. Januar 1900 begonnenen Liquidationen zu gelten, auf welche die §§ 146, 147 des neuen Gesetzes ohne Weiteres Anwendung finden. Das Gleiche gilt von den öffentlich rechtlichen, namentlich registerrechtlichen Vorschriften der §§ 148, 154, 157. Prozessuale Regeln des alten Rechts kommen mit dem 1. Januar 1900 in Wegfall; so ist die Bestimmung des Art. 137 des alten H. G. B., der bei allen Liquidationen die Veräusserung von Immobilien gegen den Willen der Gesellschafter nur im Wege öffentlicher Versteigerung zuliess, ausser Anwendung zu setzen. Dagegen bleiben materielle Vorschriften alten Rechts bei Bestand, namentlich steht den Gesellschaftern, wenn die Liquidation vor dem 1. Januar 1900 begonnen hat, das ihnen von der Praxis des alten Rechts zugestandene Bezugsrecht von 4% Zinsen ihres Kapitalsanteils weiter zu.[9])

§ 13.

Verjährung.

Ebenso wie Art. 170 E. B. G. B. findet auch Art. 169 E. B. G. B. auf handelsrechtliche Rechtsverhältnisse Anwendung.[1]) Es haben also die Verjährungsvorschriften des neuen Rechts selbst dann Geltung, wenn die der Verjährung zu Grunde liegenden Tatbestände bereits vor dem 1. Januar 1900 entstanden sind und unter altem Recht die Frist bereits läuft. Dies gilt z. B. für die Fälle des Art. 149 des allg. deutschen H. G. B., der im neuen Gesetz weggefallen ist. Für Hemmung und Unterbrechung bleibt das bisherige Recht maßgebend. Ist die Frist nach dem neuen Recht kürzer als nach dem alten,

[9]) Lehmann-Ring S. 332 Nr. 13 b.

[1]) s. o. S. 12 ff.

so läuft die neue Frist erst vom 1. Januar 1900 ab. Endet die längere Frist des alten Rechts eher, als die kürzere des neuen, so gilt die Verjährung erst mit Ablauf der längeren Frist als vollendet.[2]) Der Gesetzgeber hat mit diesen Vorschriften die Verjährungsfrage ausgiebig geregelt, sodass bei Bestimmung der Fristen für die Übergangszeit keine Zweifel entstehen werden.

Es ist jedoch noch auf eine andere Frage hier einzugehen. Eine analoge Ausdehnung der Regeln des Art. 169 E. B. G. B. auf Ausschlussfristen ist nicht statthaft. In den Motiven des ersten Entwurfs ist ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine gesetzliche Regelung der Präklusivfristen, ähnlich wie die der Verjährungsfristen in Art. 169 nicht zweckdienlich sei: „Bei der Verschiedenheit, welche zwischen Verjährungs- und Ausschlussfristen obwaltet, und gegenüber dem Umstande, dass die einzelnen Ausschlussfristen nicht, gleich den Verjährungsfristen auf einem einheitlichen Grundgedanken beruhen, sondern mannigfachen Zwecken dienen, kann es nicht ratsam erscheinen, durch eine Gesetzesbestimmung auszusprechen, dass Übergangsvorschriften, welche für Verjährungsfristen gegeben sind, auch auf Ausschlussfristen Anwendung finden.“[3]) Infolge dieser Stellungnahme des Gesetzgebers ergiebt sich für die Übergangszeit eine Schwierigkeit, wenn, wie dies im § 113 Abs. 3 H. G. B. geschehen ist, das neue Gesetz für Ansprüche eine Verjährungsfrist festsetzt, die das alte Recht (Art. 97 Abs. 3 des alten H. G. B.) einer Präklusivfrist unterwarf. Art. 97 giebt der offenen Handelsgesellschaft das Eintrittsrecht in Geschäfte eines Ge-

[2]) Art. 169 Abs. 2 E. B. G. B.

[3]) Motive zu B. G. B. Bd. I. S. 254, Rechtspr. d. O. L. G. 1901 S. 165.

sellschafters oder Anspruch auf Schadensersatz nur innerhalb dreier Monate nach Kenntnis, während das neue Recht (§ 113 H. G. B.) für diese Fälle eine dreimonatliche Verjährungsfrist normiert. Hier hat für alle unter altem Recht entstandenen Ansprüche die Präklusivfrist weiter zu gelten, es finden also beispielsweise die die Regeln über Hemmung und Unterbrechung keine Anwendung, während alle Ansprüche, die nach dem 1. Januar 1900 entstehen, der Verjährung und deren Regeln unterliegen. Tritt die Kenntnis eines vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Anspruchs erst nach diesem Zeitpunkt ein, so sind, wie Lehmann ausführt, die Grundsätze des Art. 169 E. B. G. B. auch auf diesen Fall insofern zur Anwendung zu bringen, als ja auch nach altem Recht der Anspruch nicht unverjährbar war. „Es ergiebt sich, unter Anwendung des Art. 169 des E. B. G. B's, dass Ansprüche, die aus Art. 97 des alten H. G. B.s entstanden sind, spätestens in fünf Jahren nach dem Inkrafttreten des neuen H. G. B's verjähren."[4])

§ 14.

Die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf die Kommanditgesellschaft.

Die Kommanditgesellschaft ist ebenso wie die offene Handelsgesellschaft als eine deutsch-rechtliche Gemeinschaft zu gesamten Hand anzusehen, sie stellt eine Modifikation derselben dar. Der Unterschied von der offenen Handelsgesellschaft beruht hauptsächlich auf der beschränkten Haftung nach aussen. Durch die gleiche rechtliche Struktur beider Gesellschaftsformen ist schon eine analoge Anwendung der

[4]) Lehmann b. Goldschmidt 48 S. 64.

für die offenen Handelsgesellschaften gegebenen Regeln bedingt. Das neue Gesetz hat dies im § 161 Abs. 2 ausserdem noch ausdrücklich normiert. Für die Kommanditgesellschaft gilt daher im Wesentlichen für die Übergangszeit das für die offene Handelsgesellschaft Gesagte. Namentlich finden die über die Entstehung der Gesellschaften aufgestellten Grundsätze auch hier Anwendung,[1]) insbesondere ist bei Beurteilung des internen Gesellschaftsverhältnisses jede Veränderung des Gesellschaftsvertrages z. B. der Ein- und Austritt eines Gesellschafters, gleichgültig ob Komplementars oder Kommanditisten, Erhöhung oder Herabsetzung des Kapitalanteils eines Kommanditisten, als Neubildung der Gesellschaft aufzufassen. Nur ergiebt sich infolge der positiven Vorschrift des § 177 H. G. B., der bestimmt, dass der Tod eines Kommanditisten die Gesellschaft nicht auflöst, eine Abweichung. Dieser Auflösungsgrund kommt in Fortfall, eine Kommanditgesellschaft besteht also beim Tode eines Kommanditisten fort, die Erben treten an seine Stelle ohne, dass dadurch der alte Gesellschaftsvertrag eine Änderung erleidet. Eine Gesellschaft alten Rechts ist infolgedessen auch nach dem unter neuem Recht erfolgten Tode eines Kommanditisten stets nach dem Recht zur Zeit des Abschlusses des Gesellschaftsvertrages weiter zu beurteilen.[2])

Wird nach dem 1. Januar 1900 eine alte offene Handelsgesellschaft durch Übertritt eines Gesellschafters oder zufolge § 139 H. B. G.[3]) Kommanditgesellschaft, so sind für diese Gesellschaft die Regeln des neuen Rechts

---

[1]) siehe oben § 6 S. 51 ff.

[2]) anders beim Tode eines Komplementars, dieser löst stets die Gesellschaft auf.

[3]) falls dies vertraglich vorgesehen.

ausschliesslich massgebend.[4]) Verwandelt sich umgekehrt eine Kommanditgesellschaft alten Rechts in eine offene Handelsgesellschaft, so gilt für dieselbe ebenfalls neues Recht. Dem widerspricht nicht der Umstand, dass im Verhältnis nach aussen die neue Gesellschaft als Fortsetzung der alten angesehen wird. (§ 173 H. G. B.)[5]) Macht eine Änderung der Gesetzgebung das Fortbestehen einer Kommanditgesellschaft unmöglich, indem es z. B. dem Gewerbe den Charakter als Handelsgewerbe entzieht,[6]) so tritt die Gesellschaft mit dem Geltungsbeginn des neuen Rechts unter die Vorschriften des B. G. B. Die Firma ist zu löschen; es sei denn, dass ein Handelsgewerbe gemäß § 2 H. G. B. vorliegt, und dass die Gesellschaft Handelsgesellschaft bleiben will.

Wird eine Kommanditgesellschaft alten Rechts unter neuem Recht unverändert fortgeführt, so bleibt im Verhältnis der Gesellschafter zu einander altes Recht bei Bestand. Das Recht der Geschäftsführung, die Vorschriften über das Konkurrenzverbot, über Gewinn- und Verlustberechnung und Erhebung der sog. festen Zinsen bestimmen sich nach wie vor nach altem Recht. Übersteigt bei einer alten Kommanditgesellschaft der gutzuschreibende Gewinn den Kapitalanteil eines Kommanditisten, so steht gesetzlich nichts im Wege, diesen Anteil der Einlage zuzurechnen, während bei einer Gesellschaft neuen Rechts gemäss § 167, 2 H. G. B. dieser Überschuss nicht mehr zugeschrieben werden darf, sondern lediglich ein creditum des Kommanditisten bildet.[7])

[4]) vgl. Urt. d. Reichsger. in Jur. Wochensch. 1900 S. 566.
[5]) siehe oben S 88.
[6]) siehe oben S. 80.
[7]) vgl. Lehmann-Ring S. 354.

Rechtsverhältnisse, die nur von aussen an das Gesellschaftsverhältnis herantreten, sind, wie bei der offenen Handelsgesellschaft stets nach neuem Recht zu beurteilen. Desgleichen finden prozessuale Vorschriften, wie die des § 166 H. G. B., und öffentlich-rechtliche Bestimmungen des neuen Rechts rückhaltlos Anwendung. Dies gilt insbesondere bezüglich der Anmeldevorschriften der §§ 162 und 175 H. G. B. und den sich daraus ergebenden Konsequenzen.

Wird bei einer Kommanditgesellschaft alten Rechts das Einlagekapital eines Kommanditisten herabgesetzt, so haftet der Kommanditist den Gläubigern für Forderungen, die nach dem 1. Januar 1900 entstanden sind weiter bis zur eingetragenen Höhe, selbst wenn der Gläubiger bei Entstehung der Forderung die Herabsetzung kannte. Erst für diejenigen Forderungen, die nach Eintragung der Kapitalsherabsetzung entstehen, tritt verminderte Haftung des Kommanditisten ein. Nach neuem Recht steht ihm nicht mehr, wie bei den vor dem 1. Januar 1900 entstandenen Forderungen, der Einwand zu, der Gläubiger habe von der Reduzierung der Einlage und der Beschränkung der Haftung Kenntnis gehabt.[8])

Ist hierdurch der Kommanditist gegen das alte Gesetz in schlechterer Lage, so tritt andrerseits eine Verminderung seiner Haftung ein, wenn sein Name mit in die Firma aufgenommen worden ist. Nach altem Recht haftete der Kommanditist für die von der Firma kontrahierten Schulden, wie ein Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft. Nach neuem Recht fällt diese Vorschrift weg. Für Forderungen, die nach dem 1. Januar 1900

[8]) vgl. Lehmann-Ring S. 365.

entstehen, haftet der Kommanditist nur als solcher.[9]) Für alte Gesellschaften gilt diese verminderte Haftung nur in den Fällen, in denen die Landesgesetzgebung in den Einführungsgesetzen zum alten Handelsgesetzbuch zur Gunsten der damals bestehenden Kommanditgesellschaften Vorbehalte gemacht hat.[10])

Im Gegensatz zu den Vertretungsbefugnissen des Kommanditisten im Verhältnis nach innen, die bei alten Gesellschaften nach bisherigem Recht zu beurteilen sind, tritt die Vorschrift des § 170 des neuen Handelsgesetzbuchs über die Vertretung nach aussen, sofort mit dem 1. Januar 1900 bei allen Kommanditgesellschaften in Kraft. Der Kommanditist haftet demnach für alle Geschäfte, die er nach dem 1. Januar 1900 vornimmt nicht als Komplementär, sondern nur für seine Person. Während früher durch ein derartiges Geschäft die gesellschaftliche Solidarhaft erzeugt wurde, greifen vom 1. Januar 1900 ab lediglich die Regeln des B. G. B. über die Stellvertretung Platz.

§ 15.

Die Anwendbarkeit des neuen Rechts auf die stille Gesellschaft.

Während sich die Kommanditgesellschaft eng an die offene Handelsgesellschaft anlehnt, stellt die stille Gesellschaft ein Gesellschaftsgebilde eigener Art dar. Sie wird, was auch schon durch die Stellung der Vorschriften im H. G. B. zum Ausdruck kommt, nicht zu den Han-

[9]) vgl. Lehmann b. Goldschmidt 48 S. 51.

[10]) vgl. Preuss. Einf. Ges. § 65, Württemberg. E. G. Art. 54, Bayer. E. G. § 26, Hannov. E. G. § 43, Mecklenb.-Schwerin E. G. § 83.

delsgesellschaften gerechnet. Auf das Gesellschaftsverhältnis finden, da das H. G. B. nur spärliche Sonderbestimmungen aufweist, die Regeln des bürgerlichen Rechts im weitesten Maße subsidiäre Anwendung. Das bis auf wenige Ausnahmen lediglich interne Verhältnis lässt für die Übergangszeit dem Art. 170 E. B. G. B. grossen Spielraum. Der stille Gesellschafter tritt nur in Rechtsbeziehungen zu seinem Komplementär, für die Aussenwelt bleibt er unbekannt, er erlangt keinerlei direkte Beziehung zu ihr.[1]) Nur in einigen wenigen Fällen tritt eine Rechtswirkung von aussen an das Gesellschaftsverhältnis heran. Hauptsächlich ist dies bei der Kündigung durch einen Privatgläubiger des Stillen, beim Konkurse des Komplementärs und den Vorschriften über die Firma der Fall.

Die Bestimmungen über die Kündigung der stillen Gesellschaft durch einen Privatgläubiger des Stillen sind sowohl dem alten Recht (Art 263a H. G. B.), als auch dem neuen Recht (§ 334 H. G. B.) bekannt. In beiden Rechten gelten für diesen Fall analog die Regeln der offenen Handelsgesellschaft. Infolgedessen ergiebt sich auch für die Übergangszeit hier dasselbe, wie bei der offenen Handelsgesellschaft.[2]) Der Gläubiger des Stillen kann also ein altes Kündigungsrecht noch nach dem 1. Januar 1900 geltend machen, wenn er es bereits vorher wohlerworben hatte. Er ist dabei nicht an die sechsmonatliche Frist des neues Gesetzes gebunden, muss aber zur Begründung seines Kündigungrechtes unter altem Recht die Zwangsvollstreckung auch in das unbewegliche Vermögen erfolglos betrieben haben.

---

[1]) vgl. Hoffmann b. Gruchot XI S. 471.

[2]) vgl. oben S. 83/84.

Der Name des Stillen wird in die Firma nicht aufgenommen. Diese darf auch nicht, wie die Kommanditgesellschaft, einen das Gesellschafttverhältnis andeutenden Zusatz führen.[3]) Das alte Recht liess den Stillen, dessen Namen in der Firma figurierte, wie den Gesellschafter einer offenen Handelsgesellschaft haften, ausgenommen in den Fällen, in denen, wie bei Kommanditgesellschaften, zu Gunsten der stillen Gesellschaften, die vor Einführung des Handelsgesetzbuchs entstanden sind, landesrechtlich Vorbehalte gemacht wurden.[4]) Diese Haftung hat das neue Recht beseitigt. Der Stille haftet also gegebenen Falles nur für die vor dem 1. Januar 1900 eingegangenen Schuldverhältnisse, für alle nach diesem Termin seitens der Firma eingegangenen Verbindlichkeiten cessiert die Haftung.

Eine weitere Einwirkung ist bei den Konkursvorschriften zu vermerken. Fällt der Komplementär in Konkurs, so wird sowohl nach altem, wie nach neuem Recht die Gesellschaft aufgelöst. Hier besteht für die Übergangszeit eine gesetzliche Regelung. Art V des Einf. Ges. zum Gesetze betr. Änderungen der Konkursordnung lässt für alle vor dem 1. Januar 1900 eröffneten Konkurse bisheriges Recht in Geltung. Nach Art. VI desselben Gesetzes bleiben bei den nach diesem Termin eröffneten Verfahren „soweit für ein Rechtsverhältnis die Vorschriften des bisherigen bürgerlichen Rechts maßgebend sind, für das Rechtsverhältnis auch die bisherigen Vorschriften des Konkursrechts maßgebend.“ Im Verhältnis zwischen dem Komplementär und dem Stillen bleibt deshalb auch altes Recht in Geltung, sofern der Konkurs

[3]) § 18 H. G. B.

[4]) siehe oben S. 101 Anm 10.

unter neuem Recht eröffnet wird. Nur wenn das Rechtsverhältnis nach dem 1. Januar 1900 von aussen an das Gesellschaftsverhältnis herantritt, kommen die Vorschriften des neuen Konkursrechts zur Geltung. Dies bezieht sich namentlich auf das Anfechtungsrecht.[5]) Das prozessuale Verfahren richtet sich vom 1. Januar 1900 ab selbstverständlich nach neuem Recht. Die gleichen Regeln wie für den Konkurs des Komplementärs, gelten auch für den Konkurs des Stillen.

Die Regelung des internen Verhältnisses zwischen dem Komplementär und dem Stillen hat gegen das alte Recht in wenigen Punkten Änderungen erfahren, in andern hat das Gesetz schwebende Streitfragen entschieden. Art. 250 des alten H. G. B. forderte zur Charakterisierung des Rechtsverhältnisses als stille Gesellschaft, die Beteiligung des Stillen am Gewinn und Verlust. § 336 Abs. 2 des neuen H. G. B. bestimmt ausdrücklich, dass die Beteiligung am Verlust durch Vertrag ausgeschlossen werden kann. Zu derselben Auffassung war auch bereits die herrschende Meinung des alten Rechts gekommen. Das Reichsgericht, welches diesen Standpunkt in einer Anzahl Entscheidungen vertritt, führt in einem solchen Falle aus:[6]) „Nicht beizutreten ist dagegen der Ausführung des Berufungsrichters, dass das Vorhandensein einer stillen Gesellschaft im Sinne der Art. 250 ff. H. G. B. vorliegenden Falles deswegen zu verneinen sei, weil nach dem Vertrage vom 28. März 1890 B. mit seiner im Geschäft verbliebenen Einlage nicht am Verlust beteiligt sein soll, sondern nur insofern an dem Geschäftsergebnis teilnimmt, als ihm die Hälfte des bilanzmäßigen Gewinnes zusteht, und er in

[5]) Staub S. 1018—19.

[6]) Entsch. des Reichsger. Bd. 30 S. 58.

Verlustjahren keinen Anspruch auf Verzinsung des Kapitals hat." In den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils ist hervorgehoben, dass sowohl das R. O. H., vgl. Entsch. Band 12 Nr. 32 S. 98 ff., wie auch das Reichsgericht, vgl. Entscheidungen in Civilsach. Bd. 27 Nr. 4 S. 13, angenommen haben, dass das sog. pactum capitis salvi mit dem Wesen der stillen Gesellschaft nicht im Widerspruch steht. „An dieser Auffassung ist auch im vorliegenden Falle festzuhalten." Folgt man trotzdem dem Buchstaben des Gesetzes und verlangt Beteiligung des stillen Gesellschafters am Verlust, so haben die Gesellschaftsverhältnisse, die nur auf Gewinnbeteiligung ausgehen, den Charakter eines creditum. Mit dem 1. Januar 1900 treten diese Rechtsverhältnisse aber unter den Begriff der stillen Gesellschaft und ist für sie, da die Gesellschaft mit dem Eintritt des neuen Rechts entstanden ist, neues Recht maßgebend. Im anderen Falle untersteht die Gesellschaft auch noch nach dem 1. Januar 1900 dem alten Recht.

Eine weitere Änderung des alten gegen das neue Recht beruht auf der Haftung des Komplementärs. Das alte Recht verpflichtet ihn, dem Stillen gegenüber die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns zu prästieren, während er nach dem B. G. B., das mangels einer speciellen Vorschrift hier subsidiär eintritt, diligentiam quam suis rebus zu vertreten hat. Für alte Gesellschaften gilt, da es sich lediglich um interne, auf dem Gesellschaftsvertrage beruhende Rechtsverhältnisse handelt, altes Recht weiter und zwar auch für die nach dem 1. Januar 1900 entstandenen Verpflichtungen. Im Gegensatz zu der oben[1])

[1]) S. 103.

erwähnten Haftung für die Firmenwahrheit stellt sich diese Haftung als innere Entwickelung des Schuldverhältnisses dar, auf welches Art. 170 E. B. G. B. ausgiebige Anwendung findet.

Die Auflösungsgründe sind im Wesentlichen dieselben geblieben, wie früher. Art. 261 des alten H. G. B. führt sie einzeln auf, während das neue Recht auf die §§ 132, 133 und 134 H. G. B. und 723 B. G. B verweist. Art. 261, 2 des alten Rechts kannte als Auflösungsgrund auch die eingetretene rechtliche Unfähigkeit des Inhabers des Handelsgewerbes. Diese Bestimmung ist dem neuen Recht fremd. Das neue Recht gewährt dem Stillen höchstens ein sofortiges Kündigungsrecht aus § 723 B. G. B. Letzteres gilt nur für die nach dem 1. Januar 1900 entstandenen stillen Gesellschaften, für die vorher geschlossenen Verträge bleibt, da es sich um das interne Verhältnis handelt, Art. 261, 2 bestehen.[8])

Eine vor den 1. Januar 1900 entstandene stille Gesellschaft, bei der das Gewerbe des Komplementärs durch Änderung der Gesetzgebung aufhört Handelsgewerbe zu sein, ist von diesem Termin ab als Gesellschaft bürgerlichen Rechts anzusehen, für welche die handelsrechtlichen Vorschriften der stillen Gesellschaft nicht mehr in Betracht kommen.

§ 16.

Schlusswort.

Zum Schluss sei es uns verstattet, das Ergebnis unserer Untersuchung noch einmal kurz zusammen zufassen.

[8]) Lehmann-Ring S. 676.

Für die Übergangszeit findet das Princip der Nichtrückwirkung, wie es durch die Wissenschaft ausgebildet ist, Anwendung. Der Gesetzgeber hat für das neue Recht kein allgemeines Prinzip aufgestellt, er hat aber für Schuldverhältnisse der allgemeinen Grundregel in Art. 170 E. B. G. B. Ausdruck gegeben. Das Prinzip erleidet teils ausdrücklich, (z. B. Art. 171 ff. E. B. G. B.) teils stillschweigend Ausnahmen. Die richtige Begrenzung der letzteren ist schwierig. Zunächst sind dieselben auf das Gebiet des absoluten Rechts zu beschränken. Aber auch dann bedarf es noch einer Beschränkung auf die polizeirechtlichen Vorschriften, wobei der Begriff polizeirechtlich im weiteren Sinne zu nehmen ist. Allenfalls sind weitere Ausnahmen bei anderen sozialen Vorschriften statthaft, sofern durch sie Dritten kein Schaden erwächst. Nicht als Ausnahme des Prinzips hat der Fall zu gelten, dass auf Tatbestände, die nur von aussen an ein Rechtsverhältnis herantreten, neues Recht Anwendung findet.

Das scharfe Auseinanderfallen des internen und externen Verhältnisses bei der offenen Handelsgesellschaft erleichtert im einzelnen Falle die Prüfung, ob die Regeln des alten oder des neuen Rechts zur Anwendung zu bringen sind. Bei der Beurteilung des internen Verhältnisses ist stets sorgsam Bedacht zu nehmen, ob nicht, unbeschadet der für das äussere Verhältnis bestehenden gesetzlichen Sondervorschriften über die Fortsetzung der Gesellschaft, nach innen infolge Änderungen des Vertrages oder Wechsels der Personen ein neues Gesellschaftsverhältnis vorliegt, welches ganz dem neuen Recht untersteht.

Die Kommanditgesellschaft baut sich ihrer rechtlichen Konstruktion nach auf der offenen Handelsgesellschaft

auf, deren Regeln für sie subsidiäre Geltung haben. Infolgedessen ergiebt sich, abgesehen von den aus der Sondernatur als Kommanditgesellschaft folgenden Regeln auch eine analoge Anwendung der für die offene Handelsgesellschaft in Betracht kommenden Übergangsbestimmungen.

Nicht so bei der stillen Gesellschaft, wo nur im Falle des § 339 H. G. B. die Vorschriften der offenen Handelsgesellschaft subsidiäre Anwendung finden. Im Übrigen geht das Gesellschaftsrecht des B. G. B., wenn zwar auch nur subsidiär, vor. Das fast lediglich interne Verhältnis des Stillen zum Komplementär bedingt eine weit gehende Anwendung des Art. 170 E. B. G. B.; für neues Recht ist bei den vor dem 1. Januar 1900 entstandenen stillen Gesellschaften wenig Raum.

Berichtigungen.

S. 8 u. 16 Note 5 lies: Iherings Jahrbücher.
S. 16 Zeile 20 lies: bei den Helenen.
S. 19 Note 13 lies: Crome System Bd. I.
S. 19 Zeile 6 u. 20 lies: Gierke nicht Grieke.
S. 30 Zeile 15 lies: Letzter sucht *von* einer u. s. w.
S. 31 Zeile 10 lies: initio.
S. 32 Zeile 2 lies: um seinem Prinzip getreu.
S. 41 Note 6 lies: a. *A.* O. L. G. Hamburg.
S. 42 Zeile 23 lies: *ist* unleugenbar.
S. 45 Note 23 lies: *a.* A. Zitelmann.
S. 52 Zeile 21 lies: Willenstatumständen.
S. 64 Zeile 4 lies: derselben.
S. 65 Zeile 5 lies: bestreitet.
S. 72 Zeile 29 lies: eintretenden Tatsachen.